R. BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III.
RACCOLTA
VILLAROSA
B
344
NAPOLI

1. c. 6

Digitized by Google

Digitized by G[illegible]

59217-6

DECISIONVM,

SENTENTIARUM, ET PRÆJUDICIORUM FORENSIUM

Liber Primus.

AUTORE

CLARISSIMO AC CONSVLTISSIMO VIRO.

DN. HENRICO Nebelkrä
DE FRANCKENBERGA HESSOrum J. U. Doctore & Profeſſore in illuſtri
Academia Giſſena.

GIESSÆ,

Typis & impenſis Caſparis Chemlini,

Anno M. DC. XVII.

Digitized by Google

59214-6

DECISIONVM,

SENTENTIARUM, ET PRÆJUDICIORUM FORENSIUM

Liber Primus.

AUTORE

CLARISSIMO AC CONSVLTISSIMO VIRO.

DN. HENRICO Nebelkrä
DE FRANCKENBERGA HESSOrum J. U. Doctore & Profeſſore in illuſtri
Academia Giſſena.

GIESSÆ,
Typis & impenſis Caſparis Chemlini,
Anno M. DC. XVII.

PRÆFATIO AUTORIS AD LECTOREM.

SI quæ opera, in quam artem excolendam, utiliter impenditur, in Iuriſprudentiam noſtram, artem juris, utiliſſimè illam impendi, dicendum, quippe quâ non minus, in vita humana, carere poſſumus, quam aqua & igne. Sine aqua & igne vivi nequit; nec ſine lege, & juſta legum ordinatione. Quod in corpore eſt anima, id, jus eſt in Reipubl. nec ſine ſcripto jure, magis humana ſocietas conſiſtere poteſt, quam corpus ſine anima. Tolle animam ex corpore, non corpus, non hominem, ſed truncum & cadaver habebis; tolle legem ex Republic non Rempubl. non cives, ſed nebulones, & malum malorum conciliabulum videbis. Quod ſol eſt in mundo, idem eſt recta juris conſtitutio in imperio & Republic. Tolle ſolem è mundo, denſas habebis tenebras; tolle legem confuſa & per-

Biblioteca Nazionale Napoli

turbata erunt omnia. Denique, quod clavus in navi præſtat, idem præſtat lex in Republica; ſine clavo, navis gubernari nequit; nec ſine lege Reſpublica.

Quapropter ſumma ſunt laude laudandi, jus noſtrum omni ope qui hactenus promotum voluerunt, & adhuc volunt. Sanè nihil eſt jam dictum, quod non dictum ſit prius, inquit Comicus. Deterrentur inde multi, ne lucrabationes ſuas in lucem emittant, veriti ne q[illegible]as ſuas putant annotationes, ab aliis jam ante ſint notatæ. Deterritus & ipſe, hactenus mihi non paſſus fui perſuaderi, ut quas in aliis Academiis plurimis, privatim, & in hac noſtra Giſena, publice habui le[illegible]as, in publicum emiſerim. Extorſerunt tandem Aſſiduæ Amicorum preces, & indefeſſa typographi ſollicitatio, Nonnullas Forenſium controverſiarum Deciſiones, quippe quarum longe alia, quam lecturarũ & commentariorũ eſt ratio; nec ibi illud comici timendum. Conſtitueram ſingulis Deciſionib. ſua Reſponſa, ſententias & præjudicia, tum noſtræ, tum aliarum diverſarum Facultatum juridicarum ſubicere (id quod & ipſa operis inſcriptio innuit) at certis ex cauſis priora animi mei cogitata ſuſpendi, ſeparato opere illa publicaturus. Si quæ forte tibi non placeant,

mone

mone, non carpe. Et ſi qui porro Deciſionum libri edentur (hac quippe vice unus tantum, qui inſtar prodromi ſubſequentium erit prodire potuit) ſeparatim proſtabunt vendenturque; de quo ſimiliter lector mihi monendus fuit, ne præſentem emere differat, quo ad alii ſubſequantur. Vale & ſalve benevole Lector, Dab. Giſſæ Calend. Septemb. Anno 1617.

INDEX

DECISIONUM LIBRI PRIMI

Decisio Prima.

AN Judex communes Doctorum opiniones in judicando ſequi, & ſecundum eas judicare teneatur?

II. An & quatenus vera ſit, vulgata practicorum Theorica, quâ, intentionem ſuam fundatam habere dicitur, qui regulam pro ſe habet. Et quid regulæ verbo contineatur?

III. Si Judex aliud fieri vidit, vel præſens audivit, aliud verò, vel nihil plane ſit probatum, Num ſuam potius ſcientiam ſequi, An vero ſecundum Acta & probata judicare debeat?

IV. An venditor in re vendita aliis obærati debitoris creditoribus præferatur?

V. An venditor in re vendita aliis obærati emptoris creditoribus præferatur, ſi venditio, ſub conditione fidejuſſoris pro precio dandi, facta ſit?

VI. An creditores hypothecarii, ut in ſorte, ita & in uſuris præferantur chirographariis aliiſque hypothecariis juniorem hypothecam habentibus?

VII. Num tutoribus licita ſit bonorum pupillarium alienatio, ſi princeps alienationi conſentiat, eamque fieri permittat?

VIII. An actio injuriarum civilis, ex lege Cornelia competens, annalis, an vero perpetua ſit?

IX. Cui-

IX. Cuinam cedat Theſaurus, in domo vendita ante traditionem inventus?

X. Cui cedat theſaurus repertus in loco, in quo alteri uſusfructus conſtitutus fuit?

XI. Num pecunia in emptionem rei immobilis à defuncto patrefam. deſtinata, pro immobili ſit habenda, adeoque immobilium bonorum hæredi cedat?

XII. Nam probatione per teſtes facta, juramentum adverſæ parti deferri poſſit, caſu, ubi nihil omnino probatum fuit, nec proteſtatio, de non remittendo alio probationum genere, interpoſita?

XIII, An quis ducere poſſit, quam, vivente uxore ſua impraegnaverat?

XIV. De ſponſo duarum. Quænam ducenda ſit ex duabus diverſo tempore deſponſatis & impraegnatis?

XV. Quânam pœnâ ſit afficienda fœmina, quæ poſt deſponſationem, à Tertio ſe impraegnari ſivit; Et num maritus ſeparationem petere poſſit, quando poſt confeſsionem uxoris, de impraegnatione factam, cum ipſa carnaliter conſueſcere perrexit?

XVI. De Paſquillis & libellis famoſis. An capitalis libelli famoſi pœna, in l. un. C. de libellis famoſ. & artic 110. ordinationis criminalis, in Autores & propalatores conſtituta, illis quoq; imponenda veniat, qui nomen ſuum ſubſcribunt, ſeque autore profitentur?

XVII An qui verum alicui crimen, per libellum famoſum objecit, pœnâ in autores & propalatores paſquillorum conſtituta plectendus veniat?

XVIII. De retorſione verbalium injuriarum, quam vim habeat, & anne Actio injuriato competens, per illam extincta ſublata cenſeatur:

XIX. An minor viginti annis, modo ſit pubes, in cauſis criminalibus teſtis eſſe poſſit?

XX. Num per procuratorem, vel parentem, capitaliter accuſatus, ſe defendere, & innocentiam ſuam deducere poſſit?

XXI. An & quatenus à ſententia in cauſis criminalibus lata appellare liceat?

XXII. De exceptione Non numeratæ pecuniæ. Quandiu competat? An poſt biennium etiam opponi poſſit, ſi debitor onus probandi in ſe recipere, ſibique numerationem factam non eſſe docere velit? & Anne creditori juramentum a debitore deferri queat?

DECISIO PRIMA

An Judex communes Doctorum opiniones in judicando ſequi, & ſecundum eas judicare teneatur?

IN dijudicandis cauſis & controverſiis forenſibus cauſæ ſtatus, ut Rhetores vocant, cum primis attendi debebit. Per cauſæ ſtatum intelligitur id, in quo cauſa ſeu controverſia exiſtit, & totius negotii cardo vertitur; aliàs caput cauſæ appellatur. Eſtque vel juris, vel facti, prout vel juris, vel facti quæſtio in judicium deducitur. Exemplum, ubi in jure ſtatus cauſæ conſiſtit, evidens proponitur *in l. ad probationem 21. Cod. de probationibus*; facti exemplum refertur *in l. 30. ff de teſtament. tutel.* Quod ſi in jure ſtatus cauſæ conſiſtat, ſecundum leges & receptas conſuetudines judex judicare tenetur, jubente ita Imperatore Juſtiniano *in princip. inſtitut. de officio judic.* ubi, Illud, inquit, inprimis obſervare debet judex, ne aliter judicet, quàm legibus aut conſtitutionibus, aut moribus proditum eſt; cui concordat *Novel. 82. §. penult.* ubi idem Imperator, omnis, inquit, judex ſive magiſtratum gerat, ſive aliter judicet, leges obſervato, & ſecundum has proferto ſententias Quod idem etiam in ſpecie in ordinatione Cam. Imperialis *part. 1. tit. 13.* judici & Aſſeſſoribus Cameræ præſcriptum, ne ex proprio nudoque arbitrio, & privata ſua conſcientia, ſed ex legibus, conſtitutionibus publicis & probatis conſuetudinibus, jus dicant. Hinc, quid de Traditionibus & opinionibus

A Inter-

Interpretum noſtrum ſit habendum facile erit judicare. Et ſane ſingulorum Jureconſultorum Reſponſa vim juris non habere, nec in judicando attendenda eſſe, facilè concedunt omnes. Etſi enim Prudentum Reſponſa neceſſariam olim autoritatem habuerunt, nec Judici à Reſponſis illorum recedere licuit *§ reſponſa, Inſtit. de de jure nat. gent. & civil.* Poſteaquam tamen Juſtinianus Jura in ordinem redegit, & ex illis ſolis, quas ipſe præſcripſit, ſanctionibus, jus dici voluit, aliter id habere cœpit, & quam antea autoritatem Jureconſultorum ſententiæ obtinuerunt, Juſtiniani ſanctione ipſis præciſa & adempta fuit, ut videre eſt in conſtitutione Digeſtis præmiſsâ; At ſi communis ſit omnium vel plurium opinio, An non ea ſaltem neceſſariam autoritatem, & vim legis habeat, dubitari ſolet? Plerique volunt communem Doctorum opinionem vim legis obtinere & jus facere, ita ut judici ab ea recedere non liceat, & ſi receſſerit, decretum ipſo jure nullum exiſtat, non ſecus ac ſententia contra jus ſcriptum lata ipſo jure nulla exiſtit, *teſte Jureconſulto in l. 1 §. item cum contra, D. quæ ſentent ſin. a* [illegible] *reſcind.* Unde & ſtudioſè inquiri, & ab interpretibus annotari ſolet, quænam in propoſito themate quod tractandum vel exponendum ſuſceperunt ſit communis & recepta opinio, *prout videre eſt apud Iul Clarum Anton. Gabrielem, Franciſc. Vivium, Villalobum, Galmalium, & alios receptarum ſententiarum collectores.*

Atque ita ſentiunt & opinantur Bart *ad l. 2 num 5 C de pœn. judic. qui mal judic.* Francisc. Vivius *commun opinion. lib. 1. §. judex in judicando*, Soarez *in Theſaur recept ſentent. lit. O. num. 18. cum ſequentib.* Turzan. *in tract. commun opinion opin. 160. num 2* Galiaula *in repetit. l. centurio, num* [illegible] *ff. de vulg. & pupill ſubſtit* Berous *conſil 91. numer. 17.* Collect. [illegible] Nevitan *in ſylv nupt. lib. 5. n. 20.* Guid Pap. *deciſ. 277* Menoch *de præſumpt. 71. n. 1. cum ſeqq* Felin. *in c 1. num. 54. extr. de conſtitut* Panorm. *in d c. 1. num. 15* Zoanell. *de neceſſaria defenſ. part 1. numer. 108.* Grat. *1. conſ. 77 n. 4.* Sebaſtian. Medices *in tract. de legib. & ſtatut part. 2 quæſt. 16. num. 7.* Villalob *in tract commun. opinion. num 107.* Socin. *conſ. 155. colum. 3.* Geil. *1. obſervat. 153. numer. 5.* Coler *de proceſſ. execut*

execut. part. 1. cap. 6. num. 101. Schneidw. *ad princip. Inſtitut. de obligat. quæ ex qu. delict. naſc. num. 16.* Linius *ibid. & ad §. reſponſa quoque, Inſtitut. de jur. nat. gent. & civ.* Boecr. *in diſputat. de q delictis theſ. 8.* Philip. Matth. *lib. 2 conſil. Marpurg. 26. n. 135. & conſil. 29. numer. 127.* Gœdd. *lib. 3. conſil. Marpurg. conſil. 27. num. 62. ubi ait non facile à communi & recepta opinione eſſe recedendum,* Dionyſ. Gothofred *in notis ad Novell. 18. cap. 5.* & alii plures, quos magno numero, allegat & ſequitur Anton. Maria Corat. in peculiari tractat. de communibus opinionibus *libr. 2. cap. 8.* quam noviſſimè defendit Marquardus Freher. *in tractat. de fama cap. ult. per tot.*

Sunt contrà alii, quibus ſententia illa diſplicet, ſtatuentibus, ſi quam autoritatem habeant communes Doctorum opiniones illam non neceſſariam, ſed probabilem tantum fore, prout inter alios annotarunt Zaſ. 2. *ſingul. reſponſ. 1.* Matheac. *de via & ration. iur. lib. 2. cap. 26.* Ronchogal. *ad l. 3. de duobus reis ſtipul. & promit* Blarer. *in tract. ad l. diffamari C. de ingen. manumiſ. cap. 6. n 51.* Alciat. *1 præſum. 51 numer. 3.* Vaud. *1. quæſt. 10.* Nicol. Vigel. *in Dialect. jur. libro 2. loc. ab autoritate, idem in methodo juris controverſ. libr. 1. cap. 4. titul. de opin. Doctor.* Borch. *De verborum obligat. cap. 2. numer. 51. cum ſequentib. ubi pro hac ſententia allegat.* Jaſon *in authent. noviſſima. numer. 22. Cod. de inoffic. teſtament.* Johan. And. *in cap 1. extr. de conſtitut.* Curt Jun. *conſil. 29. numer. 11. in fin.* Menoch. *conſil. 39. num. ult.* Thom. Grammatic. *conſil. 157.* quibus adde dominum Vult. *ad §. Reſponſa. Inſtitut. de iur. natur. gent. & civ.* Corraſ. *ad l. unic. de offic. quæſt.* Tileman *libr 3 diſput. pen. coroll. 6.* fac. quod ſcribit Cujac. *22. obſerv. 16.*

Pars utraque ſententiæ ſuæ rationes & argumenta adinvenit benè multa; de quibus antequam videamus, pro majori intellectu, præmittendum, quamnam communem opinionem interpretes ſupra relati nominent, quid eo ſit, & quomodo definiatur ante omnia enim cognoſcenda venit quæſtio, quid ſit, momente ita Tullio in officiis.

Alii aliter definiunt, ut videre eſt apud Anton. Marcorat

in tract. de communib. opinionib. lib. 1. tit. 1. n. 11. Receptior & perfectior nobis videtur definitio quam refert Marquard. Freher *tractat. de fama cap ult. n. 11. ubi poſt Lancellotum & Salamonium*, communem opinionem definit, quod ſit de jure non aperto ab omnibus vel pleriſque approbata ſententia. Dixi, *de jure non aperto*; ſiquidem communis opinio locum habet duntaxat in caſibus & quæſtionibus dubiis, in quibus legis deciſio clara non extat, nec enim dicitur de his quæ legibus certo ſunt definita, nec quid dubii habent, qualia ſunt certiſſima illa juris axiomata, quod fides ſit ſervanda, quod vim vi repellere liceat, quod unicus teſtis nihil probet, & ejus generis alia, circa quæ Doctorum autoritas, & adſtipulatio planè eſt ſupervacua, & perperam ad ea aſſerenda communis citatur opinio, ut benè monuit Freher. dict. loc. Dixi, *Ab omnibus vel pleriſque*, nec enim neceſſe eſt, ut ab omnibus communiter juris Interpretibus ita doceatur, & ſit communis omnium docentium & ſcribentium vox & approbatio, ſed ſufficit pleriſque ita placere, utcunque alii quæſtionem de qua agitur non attigerint, aut in contraria ſint ſententia. Nec tamen quod duo forte, tres, vel quatuor autumant, ſed quod magna eorum pars tradit, recepta ſententia & communis opinio dici poterit. Quinam verò, & quot ad conſtituendam communem opinionem deſiderentur non ſatis convenit inter Interpretes. Numerum ſeptenarium ad conſtituendam communem opinionem ſufficere, & ſatis eſſe; ſi pro allegata ſententia ſeptem Doctorum citetur autoritas, modo inter illos ſit Bartolus vel alius eximiæ autoritatis, docet Ant. Mar. Corat. *in tract. de communib. opinionib. libr. 1. tit 3 n. 18.* quam ſententiam probat, & ſequitur Marquard. Freher. *in tractat. de fama cap. ult. num. 14.* eo quod in rebus quibusque maximi momenti, & præjudicii ſeptem teſtium numerus pro idoneo, & ſufficienti habitus fuerit, puta ad ſolennitatem fidemque teſtamenti *l. hac conſultiſſima l. fin. C. de teſtament.* ad examen & probationem ſcholaris *l. ſi quis C. de profeſſorib. & medic.* & quòd idem numerus ad jus ex autoritate Jureconſultorum conſtituendum olim etiam Imperatoribus ſufficere viſus fuerit, prout latè deducit dict. loc. Quæ ſenten-

ſententia admitti quidem poſſet, ſi non adſit contradictor, at ſi in utramque partem Doctorum autoritates extent, nec inter ſe conveniant Interpretes, illa communis cenſebitur opinio, pro qua major ſtet Autorum numerus, aut quam judex autoritates ponderando communiorem reputet; nec enim autoritates precisè numerandæ, & ex numero Autorum communis opinio conſtituenda, ſed differentia inter autores facienda, num nudè attingant articulum, de quo agitur, an plenè tractarint, cum conſtet Doctorem, qui ex profeſſo materiam aliquam ſuſcipit tractandam & explicandam omnes ingenii vires intenturum, ut illam quantum poteſt elaboratè & perfectè abſolvat, ut ſic ſuis auditoribus veritatem tradere, ſibique famam & honorem comparare queat, annotante Mynſingero *6. obſervat. 60. num. 1.* Quid verò ſi apud unum & eundem diverſæ inveniantur opiniones, quarum alteram in conſiliis, alteram in lecturis tenuit, utra præferri, & in conſtituenda communi opinione attendi debebit? Tractant hanc quæſtionem Nevizan. *in ſylva nupt. lib. 6. n. 26.* Cagnol. *ad l. nemo poteſt n. 9. de reg. jur.* Mynſing. *6. obſervat. 60.* Sunt qui putant, conſilia lecturis præferenda eſſe, quos refert & ſequitur Nevizan. *dict.* loco. Sunt contra alii, qui exiſtimant, majorem lecturis & tractatibus fidem adhibendam eſſe, uti ſentiunt Zaſ. *lib. 1. ſingular. reſponſ. cap. 7. n. 11.* Schurf. *2. conſil. 2. n. 18.* Alciat. *libr. 2. parerg. cap. ult.* Fichard. *in addit. ad Villalob. verb. opinio.* Et hanc ſententiam veluti veriorem, ab Aſſeſſorib. Cameræ Imperialis non ſemel approbatam fuiſſe, refert Mynſing. *dict. obſerv. 60. n. 3.* Siquidem in conſulendo multum affectioni, gratiæ, inimicitiis, ſæpè & nummis dari ſolet, prout in comperto eſt, & ocularis demonſtratio indies docet; unde & Doctores conſulentes, ut plurimum, non ſolùm inter ſe diſſentire, ſed & ſæpè numero ſibi ipſis contradicere, & diverſis conſiliis diverſa ſtatuere videmus, at Doctores ex profeſſo jura interpretantes omnia diligenter perpendere, digerere, & ſecundum veritatem auditoribus ſuis tradere ſolent, nec nummorum amore, aliisve affectibus à veritate avocantur.

His ita pro majori intellectu præmiſſis, videamus utriuſque

partis rationes & argumenta: Qui ſtatuunt, quod judex in judicando, communem ſcribentium opinionem non minus quàm leges ipſas attendere, & ſecundum eam jus dicere teneatur, argumentantur *Primo*, ab obſervantia & ſtylo fori. A ſtylo & conſuetudine fori recedendum nō eſſe, communis eſt omnium practicorum theorica, comprobata in receſſu Imperii de anno 1570. § derhalben/ 77. ubi ſtylus Cameræ, & mos vetus, tum in proceſſibus decernendis tum decidendis cauſis immutabiliter retineri præcipitur; quod idem & ante & poſt illum receſſum judici Cameralis Judex & Adſeſſores non ſemel juſſi fuerunt obſervare. Et ut commodius id fieret Adſeſſores ſeniores, longo uſu exercitati in memoriali de anno 62. §. 5. monentur ut receptum ſtylum ſcripto comprehendant, & junioribus tradant; quod idem poſtea repetitum fuit in memoriali 23. Maii de anno 70. judici & Aſſeſſoribus dato, ubi juniores ex ſenioribus ſtylum addiſcere jubentur, facit memoriale de anno 64. §. 4. ubi in concipiendis ſententiis vetus forma juxta ſtylum retineri mandatur, unde & in receſſu deputationis de anno 1600. § dieweil aber 17. judicia inferiora ad modum & formam judicii Cameralis reformari, ac ſecundum ſtylum, & conſuetudinem Cameræ ordinari & conformari jubentur, fac. *c. cum omnes, extr. de conſtitutionibus.* Jam verò ita receptum eſt, inquiunt, ſtylo & uſu fori ut in ferendis ſententiis communis Doctorum opinio attendatur, & ſecundum eam ſententia concipiatur.

Argumentantur *deinde* à primæva communium opinionum origine; non novum eſt, inquiunt, inventum, ut Doctorum & ſcribentium Autoritates colligantur, & in judicando plurium ſuffragia attendantur, cum idem jam olim veteres Jureconſulti, ex quorum ſcriptis Digeſta compilata fuerunt in more habuerint; quo enim ab iis dicta vim & autoritatem juris habeant conſuetudo ipſis fuit æqualium aut ſuperiorum autoritatem, ſententiis & opinionibus ſuis fulciendis, ne ſingulares & abſurdæ viderentur, adjungere, ac numero quaſi & autoritate adſtipulatorum certare; quam ad rem adducunt textum *in l. 20. ff. de jur. dot.* ubi Paulus in com-

comprobationem ſententiæ ſuæ, autoritates Juliani, Ariſtonis, Neratii & Pomponii citat, indeque concluſionem facit. Addunt textum *l. ſi ego 26. ff. de acquir. hered.* ubi idem Paul. ſententiæ ſuæ autores citat Pomponium, Marcellum, & Julianum; confert, *l. ſi poſtulante 67. ff. ad Trebel.* ubi Jureconſultus Valens autoritate Octaveni aſſertionem ſuam comprobat. Sic & Celſus Jureconſult. *in l. ſicui 9. de ſervitutib.* ſententiæ ſuæ autorem & adſtipulatorem laudat Sabinum; poſſent & alia plura ad idem comprobandum afferri exempla, niſi jam ante de ſtylo & more hujuſmodi conſtaret, & ex lectione Digeſtorum ultrò occurrerent, quo faciunt quæ tradit Petr. Fab. *1. ſemeſt. 21.*

Tertiò argumentantur à neceſſario. Neceſſitatem rerum hoc planè exigere ut communi opinio in judicando attendatur ait poſt alios Marquard. Freher. *in tractat. de fama cap. ultim. numer. 7.* prout enim cum de veritate alicujus facti quæritur, quæ in ſpecie à ſingulis perſonis haberi nequeat ad id recurrimus, quod communiter creditur, idque pro veritate habetur, quod vel omnes vel major pars hominum ejus loci in quo factum eſſe dicitur vulgo credunt, ita & cum de jure noſtro neque omnes caſus comprehendente, neque ubique ſatis claro ambigi contingit, neceſſitas rerum exigit, ut in tanta opinionum contrarietate ac confuſione, cum aliter veritas haberi non poſſit, illa in conſulendo & judicando attendatur opinio, quæ vel ab omnibus vel à pleriſq; Doctoribus, qui ſuper ea quæſtione vel materia ſcripſerunt, recepta & approbata fuit.

Quartò argumentantur ab abſurdo & inconvenienti. Niſi enim communis opinio attendenda foret, & pro lege haberetur, infiniti caſus manerent indeciſi, monentibus Jaſone & Caſtrenſi *in l. 97. de acquirend. hered.* & Marior Salomon. *ad §. reſponſa, Inſtitut. de jure nat. gent. & civ.* Freher. *dict. cap. ultim numer. 17.* ſiquidem leges ita ſcribi non poſſunt, ut omnes caſus, qui quandoque inciderint comprehendantur, teſte Juliano *in l. 10. cum 2. ſeqq. ff. de legib.* & Ulpiano *in l. 13. eod.* Unde cum ipſimet Jureconſulti de imperfectione legum atteſtentur, & juſta rõe, quæ legĩ deſunt, ſupplere jubeant, juſtiorem ſupplen-

ſupplendi rationem dari non poſſe putant, quàm ſi id quod communiter ab omnibus vel pleriſque æquum viſum fuit pro jure & lege recipiatur, & in judicando attendatur.

Quintum ſententiæ ſuæ fundamentum ſumunt à vereſimili Veriſimile eſt, inquiunt, veritatem à pluribus longè certius inveniri, quàm à paucioribus, facilius quippe invenitur, quòd à pluribus quæritur, ait Papa Innocentius *in c. ult. diſtinct. 20.* & notat poſt Bald. Everhard. *in loc. à lege ceſſante*; cum enim oculi plus videant quàm oculus, ut vulgatum habet proverbium in naturâ fundatum, ubi duo plus ſunt uno, & ſecundum Ariſtotelem actius ſit multorum, quàm unius vel alterius, cujuſpiam de quaque re judicium, non abs re nec de nihilo eſſe creditur, quod ore vulgi jactatur, ac meritò multitudinis idem ſentientis credulitas & atteſtatio ſpectatur ac attenditur. Quod ut in quæſtionibus facti ſine dubitatione recipitur, ſic & cum de jure quæritur, communem & conſonam Doctorum ſententiam, plurimorum oculis viſam, & ingeniorum acuminibus hinc inde examinatam, meritò recipiendam & ſequendam eſſe cenſent, ut ita & hic locum habeat vulgo notum Planudis dicterium, judicium populi nunquam contempſeris unus, & illud Varronis contra omnes ſapere, eſſe deſipere, referente Tiraq *in tract. de pœn. temperand. cauſ. 61. n. 64.* Anton. Mar Corat. *lib. 2. de communib. opinion. tit. 8. num. 26.*

Id quod, *Sextò*, ipſe Hieronymus faciendum monet, *ut refertur in cap. 5. extr. de conſtitutionibus.* Ne innitaris, inquit, prudentiæ tuæ, prudentiæ verò ſuæ innititur, qui ea quæ ſibi agenda vel dicenda videntur, patrum decretis præponit; unde inferunt, ſequendum eſſe id, quod à plurimis comprobetur, non quod uni fortè verius videatur.

Cui *Septimò* accedit dictum Innocentii *in cap. 5. diſtinct. 64.* ubi, Integrum, inquit, eſt judicium, quod plurimorum ſententiis confirmatur; repetitum & ad hypotheſin translatum à Celeſtino Papa *in c. prudentiam 21. in fin. princip. extr. de offic. & poteſt. judic. deleg. ubi Abbas concord. c. 1. verſ. quod etiam. libr. 5. Clementin. tit. 10.*

Quo

Quo faciunt *octavò* quæ habentur & diſputantur *in l. ult. §. lex enim, C. de fideicom.* ubi eam ob cauſam major teſtium numerus in teſtamentis requiri dicitur, ne quid falſitatis incurrat per duos forte teſtes compoſitum teſtamentum, & ut per plures homines, & ampliorem teſtium numerum perfectiſſima veritas reveletur. Quid ni igitur & in articulo juris controverſo ad pluralitatem atteſtantium reſpiciendum foret?

Teſtantur quippe (quod eſt *nonum* præſentis opinionis fundamentum) Doctores & interpretes de veritate juris, ſuntq; juris noſtri teſtes, ut appellantur à Bald. *in l. fin. notab. 2. num. 2. C. ſi cert. petat.* Alciat. *in l. 1. num. 44 ff. de reb. cred. & 1. conſil. 470. num. 1.* Zaſ. *ad l. 2. num. 86. de orig. jur.* Fabr. *in comment. Inſtitut. circ princip. num. 2.* Freher. *d. c. ult. nùm. 3. & 29.* per text. *in l. 2. §. poſt hunc. de origin. jur.* ubi Jureconſulti, dum conſulentibus reſpondent, de jure ipſis teſtari, & teſtimonium perhibere dicuntur; cui concord. text. *in l penult. C. de condict. indeb.* ubi Salvius Julianus, juris ibique relatæ ſententiæ teſtis ſubtiliſſimus nuncupatur; *& l. fin. C. de his qui in eccleſ. manum.* ubi interpretes difertis verbis teſtes juris dicuntur. Atqui teſtibus credendum, & fidem omnimodo habendam eſſe, juris eſt noti, & comprobant, qui ſunt tum Civili tum Canonico jure, De teſtibus, tituli & tractatus editi.

Decimo pro aſſerenda communium opinionum autoritate affertur, *l. 12. § ſed ſi fundus 27. de inſtruct. & inſtrum. legat.* ubi cum Sabini ſententia de jure itidem aſſerto quotidie increſcere & invaleſcere dicatur, inde autoritatem communis opinionis ſatis comprobari putarit.

Undecimo adducitur *l. Athletas, de his qui notant. infam.* ubi Ulpian Jureconſult. Sabini & Caſſii opinionem, tanquam generaliter ab omnibus approbatam, ut habent verba textus ſequitur.

Duodecimo allegant *l. 17. de jure patronat.* ubi opinio quæ plurium autoritate nitebatur recepta legitur.

Decimotertio affertur *l. 13. §. 2. de excuſat. tutor.* ubi Modeſtinus in ſententiæ ſuæ confirmationem plurium autoritates citat.

B *Decimo-*

Decimoquarto afferunt *l. 37. cum l. ſeq. de legib.* ubi Paul. ſi de interpretatione legis, inquit, quæratur, in primis inſpicendum eſt, quo jure civitas retrò in ejuſmodi caſibus uſa fuiſſet, optima enim eſt legum interpres conſuetudo; indeque inferunt quod ab opinione communniter recepta, & conſuetudine juriſdicundi, per innovationem & ingenii oſtentationem recedi non debeat.

Decimoquinto, eodem facere creditur, *l 23. ejuſdem tituli*, ubi idem Paul. minimè., inquit, ſunt mutanda, quæ interpretationem certam ſemper habuerunt.

Decimoſextò non parum pro aſſerenda communis opinionis autoritate facere videtur, quod antiquitus ſingulorum etiam Jureconſultorum reſponſa neceſſariam habuerint autoritatem, nec judici à reſponſis illorum recedere licuerit, *ut refertur in* § *reſponſa quoq;, Inſtit. de jur. nat gent. & civ.* Ac licet poſtea à Juſtinian. aliter id conſtitutū & diſpoſitum inveniatur, non infirmum tamen inde ſumi argumentum ad ſtabiliendam communem opinionem in his quæ vel nullo vel non ſatis claro jure deciſa ſunt: ut ita quod olim ſingulis datum fuit Jureconſultis, illud hodie detur & permittatur plurimis in idem reſpondentibus, cum non minus priſcis temporibus inter Jureconſultos diſſenſiones fuerint, ac hodie ſunt, nec noſtra tempora quoad viros doctos ſuperioribus cedant; & aliàs etiam multa indeciſa maneant, ſi ad deciſionem caſuum noviter emergentium, nec jure Juſtinianeo definitorum non liceret ad autoritates Jureconſultorum confugere, indeque deciſiones petere, maximè cū quid olim obtinuit, ut Imperatores juris altercationes tollant, & caſus noviter emergentes novis conſtitutionibus definiant, hodie non obtineat, nec etiam in comitiis Imperii magna ejus ratio haberi ſoleat, ut ita rerum neceſſitas antiquam juris conſtituendi rationem, ſi non in totum pro parte tamen revocare videatur.

Adducunt *decimoſeptimo* quod in jure noſtro non rarò ad decidendas controverſias aliorum quoque excellentium Autorum opinio adhibeatur puta Platonis *in l. 2. de nundin.* Ariſtotelis *in l. ſi pater 36. de*

36. *de ſolutionib.* Ciceronis *in l. Cicero 39. de pæn. l. littus 96. de verb. ſignif.* Hippocratis *in l. 12. de ſtat. hom.* Homeri *in l. 1. de contrahend. empt.* Virgilii *in l 6. §. fin. de rer. diviſ.* indeque inferunt, quod multo magis plurium Jureconſultorum idem ſentientium autoritas prævalere debeat, cum aliàs etiam cuilibet artifici in ſua arte credi debeat.

Decimooctavo ſententiam hanc ſolidè probari putant per *l. 1. de offic. quæſtor.* ubi cum diverſæ opiniones de origine quæſtorum, quando & quo tempore illi primum cœperint, relatæ eſſent, ſubjicit Ulpian. crebriorem apud veteres opinionem eſſe Tullum Hoſtilium in Rempublicam primùm induxiſſe Quæſtores; quo ipſo ſatis innuere videtur, quod in dubio juris articulo, ubi diſſonæ ſunt Jureconſultorum ſententiæ attendi debeat, quænam ſit crebrior, & communiori calculo approbata ſententia, pro ut Doctores communiter ita inferunt, & allatam legem pro aſſerenda autoritate communium opinionum citant.

Idem *decimonono* ab eodem Ulpian. tradi putant *in l. 1. de ſenatoribus.* ubi cum quæſitum eſſet, quænam ſint & dicantur conſulares fœminæ, & verò Saturninus non tantum conſularium virorum uxores, ſed & ipſorum matres conſulares fœminas eſſe annotaſſet, Ulpianus illud nec uſquam relatum eſſe, nec unquam receptum ſubjicit; cui conſequens videtur Receptas Doctorum ſententias & communes opiniones ſequendas, & pro lege habendas eſſe, nec inde reſpondendo vel judicando recedere licere.

Addunt *viceſimo l. pro hærede 20. de acquir. vel omittend. hæred.* ubi cum Papinianus dixiſſet, quod licet aliàs repudiata hęreditate hęres oneribus hæreditariis obligatus non ſit, nec actionibus hæreditariis teneatur, id tamen ſecus ſe habeat, ſi repudians à ſtatu libero pecuniam conditionis implendæ cauſa accepiſſet; pro ratione ejus ſententiæ affertur, quod *vulgo quidam* ita putarint.

Viceſimo primo à nonnullis affertur *l. ita vulneratus 51. in princ. ad l. Aquil.* ubi quiſnam occidiſſe dicatur, ex vulgo hominum definitur. Quod idem fit *in l. 21. ib poſteaquam placuit inter omnes ICtos D. de compenſat.*

Viceſimo ſecundo afferunt *l. 2. de conſtitut. princ.* ubi Ulpian. in rebus novis conſtituendis, evidens, inquit, utilitas eſſe debet, ut recedatur ab eo jure, quod diu æquum viſum eſt.

Adducunt *viceſimo tertio*, quod veritas & communis opinio æquiparētur, ac opinio communis pro veritate habeatur, pro ut poſt Afflict. pro communi opinione, & ejus autoritate ita infert Andr. Gail. *1. obſervat. 153. num. 5.* per text. *in l 3. de offic. prætor.* ubi licet Barbarius Philippus præturâ fungi nō potuit, eò quod ſervus fuit, quia tamen communi hominum opinione pro libero fuit habitus, rata permanſiſſe ea quæ edixit, quæque decrevit ex Pompon. refert Ulpian. *d. l. 3* & pluribus perſequitur Marquard Freher. *de fama. libr 2. c. 8. n. 8.* conſimile exemplum extat *in §. ſed cum. 7. Inſtitut. de teſtament. ordinand.* ubi cum quis ex teſtibus eo, quo teſtamentum fiebat, tempore, omnium opinione liber exiſtimatus eſſet, poſtea autem ſervus detegeretur, ab Imperatoribus reſcriptum fuit, ſubvenire ſe teſtamento ut ſic habeatur firmum, ac ſi ut oportebat factum eſſet, cum eo tempore quo teſtamentum ſignaretur omnium conſenſu teſtis iſte liberi loco fuerit.

Sic, valere ſententiam latam à judice excommunicato qui cōmuni opinione habebatur pro habili & legitimo ſcribit Marquard. Freher. *de fama, lib. 2. c. 8 nu. 8* allegans ad id text. *in c. ad probandum 24. de ſentent. & re judicat.* quemadmodum & valent inſtrumenta confecta à Notario excommunicato, qui communi opinione reputabatur non excommunicatus, *ut ex gl. in c. decernimus de ſenten. excommunic. in 6. refert idem Freher. dict. loc.* Quod idem comprobatum redditur exemplo filiifam. pecuniam mutuo ſumentis, valet quippe & obligat mutuum, quod accipit filiusfamil. qui communi opinione reputatur eſſe ſui juris text *in l. 3 ff. ad Senatuſc. Macedon. & l. 2. C eod.* ita & ſolvens ei, qui communi opinione reputatur procurator creditoris

ditoris ad exigendas pecunias, liberatur, quamvis non ſit procurator *l. ſi quis 18. de ſolutionib. l. pen. de reb. cred.* Eodem modo valet præſentatio ab eo facta, qui communi opinione exiſtimatur eſſe Patronus, & eſt in poſſeſſione ejus rei, nec vitiatur, licet poſtea appareat, non fuiſſe Patronum *c. conſultationibus, extr. de jur. patronat. c. querelam, extr. de electionib.* Sic & valet inſtrumentum, confectum à non Notario, qui communi opinione reputatus eſt Notarius, utcunque nunquam creatus fuit Notarius Freher. *dict. cap. 8. n. 13. ubi plures hujus ſententiæ Autores citat.* Similiter ſi communi hominum opinione mulier quæpiam exiſtimetur, maritum non habere, cum tamen habeat, contractus ab ea inſcio marito factus, modo non vergat in præjudicium mariti, valet juxt. Innocent. *in c. conſuluit, extr. de procuratorib.* Quæ & ejus generis alia refert & latè deducit Marquard. Freher. *de fama. cap 8.* & interpp. communiter *ad l. Barbarius Philippus, ff. de offic. prætor.*

Vicesimum quartum ſententiæ hujus fundamentum petunt ex *l. non ſolum 11. §. 3 de injur.* ubi Ulpian. ſi mandatum eo, inquit, facta ſit alicui injuria, Plerique putant, tam me qui mandavi, tam eũ qui ſuſcepit, injuriarum teneri, ubi cum Ulpian. pro ratione decidendi allegat, quod plerique ex Jureconſ. in quæſtione propoſita ita placeat, in aliis etiam juris articulis eodem argumentandi genere ubi licere, illamque, plures quæ habet autores, opinionem ſequendam eſſe inferunt.

Vicesimum quintum ſententiæ ſuæ fundamentum ſumunt *ex princip. Inſtitut. de heredib. inſtituend.* ubi quod proprius ſervus non aliter quàm cum libertate olim hæres inſtitui potuerit, ex eo factum arguitur, quod plurium ſententia & opinio ita fuerit.

Vicesimum ſextum argumentum deſumitur ex *l. 18. de in jus voc.* ubi quod de domo ſua nemo in jus vocari poſſit, ex eo probat Cajus, quod plerique Jureconſultorum, interpretando prætoris edictum, ita putarint.

Vicesimo ſeptimo opinionẽ illam ſolidè confirmari putant conſtitutione Theodoſii, quæ extat *in l. unic. C. Theodoſ. de reſponſis prudentum*

tum lib. 1. tit. 4. ubi Imperator, ſi, inquit, diverſæ prudentum ſententiæ proferantur potior numerus vincat authorum, ſi numerus æqualis ſit ejus partis præcedat autoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui ut ſingulos vincit, ita cedit duobus ubi autem pares eorum ſententiæ recitantur, quorum par cenſetur autoritas, quod ſequi debeat eligat moderatio judicantis; hactenus verba legis, *recitata à Freher. dict. cap. ultim. num. 34.* Ac licet conſtitutio illa Codici Juſtinianeo non ſit inſerta, cum tamen contrarium ejus conſtitutum nō ſit illam etiamnum in interpretandis legibus & deciſionibus juris controverſi pro regula & norma habendam eſſe volunt.

Viceſimooctavo apertus hujus ſententiæ textus extare cenſetur *in c. novimus, extr. de verb. ſignif.* ubi cum circa degradationem clerici diverſæ anteriorum Pontificum extarent reſponſæ, Innocentius Tertius opinionem à pluribus approbatam ſecutus fuit.

Viceſimonono, non minus clarus hujus ſententiæ textus extare creditur *in cap. quamvis, extr. de appellat. lib. 2. Clementinar. titul. 12.* ubi Clemens Papa id quod communiter obſervatum & receptum fuit juris rigori præfert; quamvis, inquit, rigor juris expoſcat, eum qui appellat debere petere Apoſtolos congruo loco & tempore, ſæpius & inſtanter, nos tamen, antiquam & communem obſervantiam litigantium ſequi & æquitatem rigori præferri volentes, decernimus ſufficere, quod per Appellantem ſimul uno contextu Apoſtoli inſtanter & ſæpius poſtulentur.

Triceſimo affertur *c. 2. cauſ. 3 quæſt. 3* ubi cum circa dilationes Epiſcopo accuſato dandas ea comprobetur ſententia, in qua plurimi concordent, in aliis etiam, ad id quod crebrius placuit, reſpiciendum eſſe volunt.

Triceſimoprimo afferri ſolet *cap. primum verſic. quod etiam, de ſentent. excommunicat. libr. 5. Clementin. titul. 10.* ubi in provinciali concilio ſtatutum præfertur ei, quod à prælato provinciæ ſtatutum fuit, cum majus ſit provinciale concilium quàm ſingularis prælati provin-

provinciæ, ac integrum judicium, quod plurimorum ſententiis comprobatur.

Triceſimoſecundo adducitur *c. in Canonicis. 6. diſtinct. 19.* ubi D. Auguſtinus, de Epiſtolis Apoſtolicæ ſedis, & interprete divinarum ſcripturarum, Tenebit, inquit, hunc modum in ſcripturis Canonicis, ut eas, quæ ab omnibus recipiuntur Eccleſiis præponat eis, quas quædam non accipiunt, in eis verò, quæ non accipiuntur ab omnibus, præponat eas quas plures gravioreſq; accipiunt eis, quas pauciores minoriſque autoritatis Eccleſiæ tenent.

Cui triceſimotertio accedit c. relatum, diſt. 37. ubi ſacram Scripturam nō ſecundum propriam ingenii intelligentiam, ſed ſecundum ea quæ à majoribus accepimus exaudire jubemur.

Triceſimoquarto adducunt. *c. 1. cum ſeq. diſtinct. 65.* ubi ſi cæteris conſentientibus ordinationi Epiſcoporum, duo vel tres contradicunt, ſententia plurimorum obtinere jubetur.

Facit *triceſimoquinto*; quod aliàs etiam majora vota præponderant, & in determinandis hominum negotiis, maximè publicis, plurium ſuffragia attendantur, per regulam traditam *in l. 160. §. 1. de reg jur.* ubi Ulpian. refertur, inquit, ad univerſos, quod publicè fit per majorem partem, *Dec. Cagnol. Hyppol. à collib. & alii ibid. Dyn. in c. quod omnes. de reg jur. in 6. Baptiſt. à Villaloh. in theſaur. commun. opinion. lit. M. num. 2. Soarez. in eod tract. lit. M. num. 10. Capr. lit V. num. 9. Cacheran. deciſ. 39. num. 2. Capic. deciſ. 4. nu. 1. idem deciſ. 39. in princ. & deciſ. 148. n. 5. Felin. in c. cum omnes, extr. de conſtit. c. non poteſt. de re judic c. dilectus. in fin. extr. de Simon gl. in Clement. paſtoralis. in princ. de reſcript. Abbas in c. cum in veteri. extr. de electionib. Dec. in c. prudentiam, n 40. extr. de offic. deleg Zaſ. in paratitl Digeſt. quod cujusq; univerſ. nom. Duaren ibid. c. 2. Bender. de reviſion. concl. 4. num. 69 cum ſeq & alii plures, allegati ab autore deductionis in cauſa Fridberg contra Fridberg. cap. 11. n. 7.* cujus juris ratio conſiſtit in utilitate publica, ne nonnullorum abſentia vel cōtradictio debilitet, quod à majori parte fuerit conſtitutum *l nominationum 46. de decurionib.* quippe cum homines faciles ſint ad diſſentiēdum *l qui poterat, ad Trebell.* & ut inquit gloſſ. *in d. l. 160. de regul. jur.*

vix

vix fieri poſſit ut in multitudine omnes conſentiant. Quare ut negotia univerſitatum rectè expediantur & ne quorundam abſentiâ vel contradictione utilitas publica (*quæ ſemper præferenda eſt privatæ l.utilitas, C.de principib.l.fin. § fin.C.de caduc.tollend.*) impediatur, bono publico receptum eſt, ne ſit neceſſe omnes conſentia, ſed plurium ſuffragia attendantur, & ſecundum illa in his quæ ſunt communia pluribus, non ut ſingulis, ſed ut univerſis majori parti ſtetur, & pro deciſo habeatur, quod pluribus placuit, *eleg Bodin.de Republ.lib. 2.c. 6.idem libr.2.c.7.& lib.6. c. 4. ubi ait in omni cœtu & collegio legitimo majorem partem ubiq; potiorem eſſe, nec ſuffragia ad pondus exigi, ſed ad numerum*; in tantum ut etiamſi major pars erat, nihilominus valeat quod ab iſta agitur; Immò nec per ſtatutum vel conſuetudinem introduci poſſe, ne in cauſis univerſitatum & collegiorum major pars concludat, tenet gl. & Dd. *add.l 160. de reg.jur.* Abb. *in c.1.de his quæ fiunt à major.part.capit.* Dec. *ad d.l.160.§.1.& ad c.cum omnes.ext.de conſtitutionib.* quia hoc ipſo impediretur ſalus publica, quovis aliàs modo promovenda. Exempla ubi pluralitas votorum attenditur, majorique parti ſtatur hinc inde occurrunt, & qui comitiis Imperii circulorum convenientibus, aliiſque communitatum cœtibus interfuerunt, obvia ſunt quàm plurima; ſiquidem in comitiis Imperii, circulorum conventibus, communitatum cœtibus, aliisq; congregationibus & collegiis circa deliberationes cauſarum eo pertinentium majora vota attendi, & quod per majora obtinet pro decreto haberi præter quotidianam experientiam, ex Imperii, circulorum, aliorumque conventuum receſſibus, ſtatutis & ordinationibus, ad oculum patet. De capitularibus & electione ab ipſis facienda exemplum extat *in c.cum nobis 19.ext.de electionib & elect poteſt.* ubi quod duæ partes capituli circa electionem ſtatuunt, totum capitulum ſtatuere cenſetur, per minorem verò capituli facta electio non tenet *c. auditis 29 eod.* Idem in quibuſvis aliis electionibus receptum eſt, ut nimirum ſi diſſenſus ſit inter votantes ſtetur ſententiæ majoris partis *c.21.c.33.c.34 c.35.c.40. de electionib. c.1. & tot.tit.de his quæ fiunt a major.part.capit. Menoch.6 præſumpt 85 num.1.& 2.* ubi rationem ſubjungit, quia

git, quia quo major eſt eligentium numerus, eo majori zelo electio facta præſumitur & creditur prudenter ac ſapienter factum, quod à pluribus fit *c. prudentiam, extr. de offic. deleg. Autor deductionis Fridbergenſ. d.c.11.n.18. cum ſeqq.* De electione Imperatoris exemplum extat *in c. venerabilem, extr. de electionib. & electi poteſt.* ubi electio Imperatoris per majorem partem electorum facta tenet, ac perinde habetur, ac ſi ab omnibus unanimiter nullo penitus diſſentiente facta ſit; quod idem etiam in Aurea Bulla Caroli IV. *c.2. §. poſteaquam autem, verſic. præſtito per electores juramento*, conſtitutum legimus. Idem in collegio Cardinalium circa electionem Papæ obſervatur, & cui majora vota obtigerunt pro electo habetur *c. licet, extr. de electionib. c. ut periculum, eod. in 6.* Sic & in Tribubus & collegiis artificum ſtatur majoritati votorum, & quod pluribus placuit, attenditur, uſu & obſervantia teſte. In pactis etiam cum debitore ineundis, de conſtituendis terminis ſolutionum vel remiſſione partis debiti, ſi creditores inter ſe diſſentiant majoris partis voluntatem prætor ſequetur, ut ait Ulpian. *in l.7. § fin. de pact. cui concord. l. fin. C. qui bon. ced. poſſ.* ubi an detur dilatio vel admittatur ceſſio ſtatur majori parti creditorũ. Similiter inter confœderatos & unitos majora pro omnium votis reputantur, majorque pars confœderatorum principum & communitatum in cauſis fœderis concludit, licet minor pars contradicat, cum regantur ad inſtar unius corporis *Martin. Laudenſ. in tract. de confœderat. princip. concluſ. 44.* uti ut in militiis & deliberationibus bellicis pluralitas votorum vincit *Azzoguid. lib. 3. de communib. opinionib. c.7. nu. 21. ex quo id refert Autor allegatæ deductionis pro civitate Fridbergenſi numer. 25.* Sic medicis diſcordantibus, ſitne vulnus lethale ſtatur dicto majoris partis, referente *Angel. Aretin. in tractat. malefic. Gail. 2 obſ. 111. n. 10. 11. 23.* Eodem modo in collectis imponendis ſtatur pluralitati votorum, & per majora vota obligantur etiam abſentes & contradicentes, ut tradunt Roſenth. *de feud. cap. 5. concluſ. 75 num. 1.* Weſenbec. *1. conſ. 18. num. 31.* & comprobat Receſſus Imperii *de anno 1500.* § nach dem auch / & Receſſus *de anno 1512.* § Es ſollen auch. Similiter in faciendis decretis & ſtatutis condendis, id quod pluribus

æquum viſum fuit, pro jure ſtatuitur; quod enim major pars curiæ effecit pro eo habetur ac ſi omnes egiſſent, *l. 19 ff. ad municipal. junct. l. 3. de decret. ab ord. faciend.*

Æquè in nominandis & recipiendis decurionibus ſufficit duas Senatus partes adfuiſſe, & conſenſiſſe, nec quod à majori parte ordinis ſalubriter fuit conſtitutum paucorum abſentiâ vel contradictione debilitatur *l. nominationum, 46. C. de decurionib.* Sic in conſtituendo Syndico duas Decurionum partes conſenſiſſe & mandatum dediſſe ſufficit *l. 3. cum ſeq ff. quod cujusq. univerſat. nom.*

Denique in ſententiis ferendis, ſi pluribus uno jurisdicundi poteſtas conceſſa ſit, major numerus votorum minorem ſuperat & pro ſententia habetur, quod pluribus placuit, *l. Pomponius 36. l. duo ex tribus 39. ff de re judic. l. 18. l. 20. cum l ſequent. & l. diem proferre, § ſi plures, ff. de recept. arbitr. Immola ad d. l 36. de re judic. Zaſ. ibid. numer 6. 13. & 15. Idem ad d. l. duo ex tribus, num. ultim.* utcunque in contraria ſententia ſint digniores & ætate grandiores; ne enim contentiones oriantur inter Judices de ipſorum dignitate & conditione, bono publico introductum & uſu receptum in ſententiis ferendis vota numerari potius quàm ponderari, ſiquidem nulla aliàs pax eſſe poſſet, in eo quid certi determinari ſemper prætendentibus his vel illis ſe eſſe digniores Zaſ. *ad l. inter pares, de re judic. numer. 5.* Duaren. *ad d. l. Pomponius. circ. fin.*

Quod cum ita ſit, & in exemplis modò adductis ad numerum ſuffragiorum reſpectus habeatur, nihil cauſæ eſſe putant, cur non idem etiam in dubiis juris noſtri articulis obſervari, & ſecundum plura Doctorum ſuffragia reſponderi, & judicari debeat.

Ad idem comprobandum apprimè facere putant affinitatem & cognationem, quam communis Doctorum opinio cum Fama habet, prout argumentum illud cum primis urget & multis reſolvit Marquar Freher. *in tractatu de Fama cap. ult. per tot.* Pro ut enim cum de veritate facti quæritur, quæ in ſpecie à ſingulis perſonis haberi nequeat ad id recurrimus, quod communiter creditur, idque pro veri-

veritate habetur, quod vel omnes vel major pars hominum ejus loci in quo factum eſſe dicitur vulgo credunt, ita & cum neque omnes caſus jure comprehendi queant, & multa etiam nō ſatis clarè deciſa in dubium vocentur, æquum eſſe putant, ut in tanta opinionum contrarietate ac confuſione, cum aliter veritas haberi non poſſit, opinio illa judicando & conſulendo attendatur, quæ vel ab omnibus vel à pleriſque Doctoribus qui ea de reſcripſerunt vel conſuluerunt, recepta & approbata fuit, ut ita quemadmodum conſentiens populi vox, & teſtimonium magnæ eſt autoritatis, nec creditur de nihilo eſſe, quod ore vulgi jactatur, ſic & communis Doctorum ſententia, quæ eſt inſtar famæ in his quæ juris ſunt, non minorem autoritatem habere cenſeatur, cum eadem in admittendis communibus Doctorum opinionibus militet ratio, quæ circa famam, cur ei credi debeat, obtinet.

Ratio cur fama in dubiis rerum cauſis, quando à ſingulis perſonis veritas haberi nequit, admittatur, ea eſt, quia fama præſumptive probat, communisque hominum opinio vera præſumitur, & pro veritate habetur, donec contrarium probetur, per tradita ab Alciato *de præſumptionibus*, *regul. 1. præſumpt. 5.* eadem etiam circa communem Doctorum opinionem occurrit præſumptio, ſiquidem & illa in his quæ juris ſunt præſumptam veritatem facit; Quare cum in his, quæ facti ſunt, præſumptam veritatem, quando veritas certò haberi nequit, ſequi teneamur, utique & in dubio juris articulo, ubi de veritate certo conſtare nequit communem opinionem, quæ præſumptam veritatem, habet, ſequendam eſſe autumant, cum facilius ſit, ut unus vel pauciores fallantur quàm plures.

Idque *triceſimoſeptimo* juris ratio ſuadere videtur, cum quæ contra communes Doctorum opiniones ab aliis diſputantur, ſint, ut illi præſumunt, meræ ſubtilium & ingenioſorum hominum ſubtilitates & cavillationes; has verò in foro attendi debere monetur & exemplo illuſtratur *in l. pen. ad exhiben.*

Nec etiam, quod eſt *triceſimum octavum & ultimum* pro communi opinione militans argumentum in communes opiniones temerè & inconſulto oriuntur, ſed certis nituntur rationibus; ubi autem eſt ratio, ibi non eſt quærenda lex, per tex. *in c. conſuetudo, § porro. diſtinct. 1.* ubi Gratianus, ſi ratione, inquit, lex conſiſtit, lex erit omne jam, quod ratione conſtiterit duntaxat; Quo faciunt quæ tradit Freher. *de ſama cap. ult num. 18.* & Borcholt. *de verb. oblig. c. 2. n. 122.*

Hæc ſint quæ pro aſſerenda autoritate communium opinionum à patronis earum afferri ſolent.

At his non obſtantibus rectius nobis ſentire videntur illi, qui ex jure certo, jus incertum æſtimant, non attenta communi Doctorum opinione. Prout enim Theologi contentiones ſuas ad ſacram Scripturam examinandas, & ſecundam eam decidendas, præcipiũr, miſſis gloſſatorum interpretamentis; ita & apud JCtos non ex Doctorum opinionibus per ſe incertis & invicem ſibi repugnantibus, ſed ex certis legibus, dubiæ juris quæſtiones decidendæ ſunt, nobiſque ſine lege loqui eſt erubeſcendum.

Probatur hæc noſtra ſententia, tum apertis juris noſtri textibus, tum evidentibus inde deſumptis rationibus.

Et *primò* quidem apertè illam comprobat, & contrarium ſentientes refutat conſtitutio Imperatoris Juſtin, quæ eſt *in l. § ſed neq; c. de vet. jur enucl.* ubi Imper. Neque, inquit, ex multitudine Autorũ, quod melius & æquius eſt judicatote, cum poſſit unius forſitã & deterioris, ſententia multos & majores aliqua in parte ſuperare. Quod ut juris compilatores in componendis digeſtis (ad hos enim allegata conſtitutio emiſſa & directa fuit) facere jubentur, ita & judici, ejus Aſſeſſoribus, & qui aliàs juri dicundo præſunt, eandem judicandi & de jure reſpondendi normam & regulam præſcriptam eſſe cenſebimus, maxime cum Judex non habeat liberam judicandi facultatem ſed mercenariam, & poteſtas ejus legibus ſit adſtricta, uti inter alias quibus judicis poteſtas limitata & reſtricta fuit, leges ac conſtitutiones, conſtat, & princ. Inſtit: *de off. judi.* ex c 1. *§. 4. ad Turp. l. 15. ad municip.* ſecus ac in compilatoribus juris noſtri obtinuit,

quippe

quippe quibus libera eligendi & pro jure ponendi poteſtas data fuit, uti patet *ex d. l. 1. §. 6. verſ. & ideo.* ubi idem Juſtin. & ideo, inquit, ea, quæ antea in notis Æmil. Papiniani ex Ulp. & Paulo nec non Marciano adſcripta ſunt, quæ antea nullam vim obtinebãt propter honorem ſplendidiſſimi Papiniani nõ ſtatim reſpuere, ſed ſi quid ex his ad repletionem ſummi ingenii Papiniani laborum vel interpretationem neceſſarium eſſe perſpexeritis, & hoc ponere legis vicem obtinens non moremini.

Firmum hujus noſtræ ſententiæ argumentum extat in princ. Inſtit. *de offic. judic* ubi Juſtin. de officio judicis, quodnam illud ſit & eſſe debeat, quando in jure ſtatus cauſæ conſiſtit, præceptum præſcribens: Illud inquit, inprimis obſervare debet Judex, ne aliter judicet, quam legibus, conſtitutionibus, aut moribus proditũ eſt; quo ipſo ſatis apertè traditiones & opiniones interpretum excluduntur, ut quæ nec legum nec conſtitutionum appellatione comprehenduntur, prout conſtabit ex his, quæ paulò inferius dicentur. Et eſſet mera cavillatio, ſi quis ad mores & conſuetudines quas d. loc. Imperator non minus quam ll. ipſas judicando attendi vult, traditiones & opiniones interpretum, ſi ſint communes, referre velit, q. ſc. receptæ Doctorum ſententiæ ſint inſtar conſuetudinis, ac proinde, ut conſuetudo nihil eſt aliud, quam jus à populo, lege ſcripta deficiẽte, receptum; ſic & cõmunes Doctorũ opiniones pro jure conſuetudinario haberi, & propterea quod vel ab omnibus vel pleriſque ſint receptæ, valere debeãt. Mera, inquam, hæc eſſet cavillatio, cum per mores intelligatur ibi jus tacito populi conſenſu, eo in loco ubi caſus contigit, conſtitutum & receptum, id quod ad opiniones interpretũ ſine calumnia trahi nequit, maxime cum communis opinio ſit caſus dubii & in utramque partem ab interpp. diſputati, receptior & à majori parte approbata ſententia, contra ac in conſuetudine obtinet, aut quæ unanimi omnium ejus loci, ubi viget, civium & incolarum tacito conſenſu & approbatione conſtat.

Ad idem comprobandum facit *Tertiò*, Novel. 82. §. pen. ubi Imper. omnis, inquit, Judex ſive magiſtratum gerat ſive aliter judicet

leges obſervato & ſecundum has proferto ſententias. At qui communem Dd. opinionem judicando attendunt, nō obſervant ll. nec ſecundum has ut jubet Imper. ſententias ferunt, nec enim legum verbo Doctorum opiniones Imperator comprehendi voluit, ut qui JCtorum reſponſis, quam antiquitus habuerunt, autoritatem peculiari ſanctione ademit, & ex illis ſolis quas ipſe ſanxit & approbavit, legibus jus dici voluit.

Id quod *quartò* D. Ambroſius jam olim etiam judicem monuit, ut refertur & pro iure ponitur *in c. judicet cauſa 3 q. 7.* Bonus judex, inquit, nihil ex arbitrio ſuo facit ſed juxta leges & jura pronunciat, ſtatutis juris obtemperat, nec indulget propriæ voluntati, quibus verbis haud obſcure traditiones & opiniones Interpretationibus excluduntur.

Quod idem etiam in ordinatione Cameræ Imperialis *part. 1. titul. 13.* Judici & aſſeſſoribus Cameræ præſcriptum legimus, ne ex proprio nudoque arbitrio & privata ſua conſcientia, ſed ex legibus conſtitutionibus publicis & probatis conſuetudinibus jus dicant.

Facit *ſexto* quod ſine lege JCtus reſpondere, & Judex judicare prohibeatur, uti notus eſt textus *in Novell. de triente & ſemiß. 18. cap. 5.* Nec admittenda eſt diſtinctio, quam in notis ſuis annotavit ibidem Dionyſius Gothofredus, erubeſcimus, inquit, ſine lege loqui, Quâ ſententia dici non poteſt quantum extenuentur eorum ſententiæ, qui unis tantum nituntur interpretibus: at communi opinioni in re dubia vix auſim quicquam derogare, præſertim ſi legis ſcriptæ duritiem corrigat, aut ejus defectum ſuppleat, *hac Gothof.* diſtinguit inter ſingulorum Reſponſa Juriſconſultorum & communes Doctorum opiniones, illa vim juris habere negat juxt. text. *in dict. Novell. 18. c. 5.* his vero vim legis tribuit; at loquitur ille ſine lege nec allegatus textus hanc diſtinctionem admittit vel aliunde illa probari poteſt.

Ad idem comprobandum facit *ſeptimo l. 10. C. de condict. indeb.* ubi

ubi Juſtinianus duorum Juliani & Papiniani ſententiam ut veriorem præfert trium ſententiis Marcelli Celſi & Ulpiani. Atque ita exemplo ſuo docet ad multitudinem autorum reſpici non debere.

Octavo probatur textu *l. 5. §. penult. de impenſ. in rebus dot. fact.* ubi Ulpian. in quæſtione ſibi propoſita, Etſi, inquit, plerique negent, tamen propter æquitatem Marcelli ſententia admittenda eſt, unius Marcelli ſententiam plurium ſententiis præferens, quod utique non licuiſſet, ſi ex multitudine adſtipulatorum veritas æſtimari deberet.

Nonò idem evidenter demonſtratur *ex l. quæſitum 12. de inſtruct. & inſtrum. leg.* ubi idem Ulpia. quæſitum eſt, inquit, An frumentum quod cibariis cultorum paratum fuit, inſtrumento cederet, & Plurimis non placet, ſed ego puto contineri, & ita Servium reſpondiſſe auditores ejus referunt; ubi neglecta plurium opinione, ſolius Servii autoritatem ſecutus fuit.

Decimo contra communem facit *l. 5. c. de offic. Rect. provinc.* ubi Impp. Valentin. & Valens, Potioris, inquiunt, gradus judicibus ab inferioribus competens reverentia tribuatur, at ubi tractatur publica utilitas, & ſi minor Judex veritatem inveſtigaverit nulla tamen inde majori irrogatur injuria; quod utique ſtatui non potuiſſet, ſi in indaganda veritate ad numerum vel autoritatem perſonarum reſpiciend foret, prout faciunt, quibus communis opinio, pro lege eſt. Nec allegata conſtitutio, eò tantum exaudiri debebit ſenſu, q. majoribus judicibus officio ſuo non fungentibus minoribus illorum partes ſibi ſumere liceat, ut notat gl. ibi: ſed quod quando de indaganda veritate agitur, nihil referat, utrum à celſioribus & majoris autoritatis judicibus (*quibus aliàs à cæteris reverentia debetur juxta d. l. 5. & l. 2. de offic. diverſ. judic.*) an verò à minoribus & inferioribus, id fiat.

Undecimo non leve ſententiæ noſtræ fundamentum extat *in l. 13. C. de ſent. & interloc. omn. judic.* ubi Imper. Juſtin. regulam judicando obſervandam judici præſcribens, veritatē, inquit, legū & juſtitiæ

ſtitiæ ſequatur: non exemplis ſed legibus judicet utcunque ampliſſimæ præfecturæ vel maximi alicujus magiſtratus proferatur ſententia. Cui in eandem ſententiam conc. *l.12. de offic. præſid.* ubi Proculus non ſpectandum eſt, inquit, quid Romæ factum ſit, quàm quid fieri debeat. Jam verò qui communem judicando ſequuntur, ſolis nituntur exemplis, præjudiciis, autoritate & multitudine interpretum: contrà quam d.ll permittunt.

Duodecimo idem evenit ſcopus & finis propter quem veterum JCtorum ſcripta in unum ſint comparata corpus, quod Digeſta, & alio nomine Pandectas vocamus, ne ſcil ut olim fiebat, diſſonæ interpretantium ſententiæ juris conſtitutionem incertam, & ſententias judicis dubias reddant: quâ de cauſa etiam Juſtin. apertè prohibuit, ne quis Juriſperitorum impoſterum audeat in Digeſtorum libros commentarium ſcribere, ne ſcil. ut ſuperioribus temporibus factum fuit, per contrarias interpretantium ſententias, jus conſtitutum & in certum ordinē juſtamq; conſonantiam redactum, denuò conturbetur & incertum fiat, ut videre eſt in conſtit. Imper Juſtin. quæ eſt de concept. digeſt. quo loco aperta ſanctione interpretum ſcriptis omnē ademit autoritatem; quam tamen, qui communem pro lege habent, illis reponunt redduntque.

Decimotertio, facit quod nec in inſtitutionibus, nec digeſtis, nec codice, ubi ſpecies juris, judicando obſervandæ, recenſentur, in numerum illarum communes Doctorum opiniones relatæ inveniantur, quod ſine dubio factum fuiſſet, & fieri debuiſſet, ſi compilatores juris pro lege ejuſque ſpecie illas haberi voluiſſent.

Decimoquarto ex argumentis & rationibus quibus ſententia noſtra comprobatur, & contraria refutatur non levis momenti eſt ea, quod plurimæ ex communibus opinionibus falſiſſimæ inventæ ſint, prout ſi opus foret, & brevitas, cui ſtudemus, pateretur, inductione exemplorum comprobari poſſet, & jam ante etiam notarūt Zaſ. *2. reſponſ. 1.* Fichardus *in addit. ad Villalob. verſic. Filia ſemel excluſa.* Unde ſi ponatur quod communis opinio neceſſariam autoritatem & vim legis habeat, falſitas in judicia introduceretur, à quibus tamen nihil magis abeſſe debet.

Facit

Facit *decimoquinto*, quod jus noſtrum certum & finitum eſſe debeat, nec ab incerta interpretum autoritate dependere, notante Neratio *in l.2.de iur. & fact.ignor.* At verò communes Dd. opiniones quod attinet, frequenter dubitari ſolet, quænam ſit communis opinio, aliis hanc, aliis aliam, communem, communiorem, vel communiſſimam dicentibus, ut patet ex theſauro, communium opinionum & aliorum tractatibus, qui ſtudioſe communes opiniones investigarunt. Nec ſatisfaciunt regulæ quibus huic incommodo mederi conantur, prout latè deducit & exequitur, *Coratius in tractat. de communib.opinionib.lib.1.tit.4.* quem ſequitur Marq. Freher. de Fama *d.c.ult.nu.32.* Doctorum ſuffragia utrinque numerari volunt, & ſi utraque ſententia magnos duces, præclaroſque JCtos habeat, illam præferendam ſtatuunt quæ in numero, exceſſu prævalet vel modico; Sin altera ſentẽtia adſtipulatores habeat majoris autoritatis, eã potius eligendã & ſi illi ſint numero pauciores, cum inæqualitas illa pondere autoritatum penſetur, & magnus aliquis ac primarius Doctor, velutique Coriphæus haud dubiè duobus vel pluribus minorum gentium leguleis æquipolleat; multum tamen hic juris diſcretioni & arbitrio committendum exiſtimant, ut is æſtimet, quænam ipſi juſtior, æquior, & tutior in cõſcientia & animi ſui judicio videatur opinio, in hanc enim ipſum inclinare poſſe & debere ſententiam, per trad. ab Alciat. *in l.1.verſic.Celſus ait,n.44.in fin ſi cert. pet. Lancel.Conrad.in lib.de prator.§.2 tit.de ſenten.n.28 Corat.lib.1. tit.4. inſpect. 3.n.18.& lib.2 tit.9 caſ.32,Freher.d.c.ult.num.34.* ubi modo relatas judicandi regulas mirificè confirmari putat conſtitutione Imperatorum Theodoſii & Valentiniani ad ſenatum, quæ extat *in l unica Cod. Theodoſ.de reſponſ prudent.lib 1.tit.4.cujus verba ſuperius retulimus, & l. ob carmen. §.ult.ff.de teſtib.ubi judex minorem teſtium numerum inclinare poteſt ſi teſtes illi ſint ſpectabil ores.* At vero regulæ modo relatæ difficultatem illam adeo non tollunt, ut eandem augere potius & majorem facere, videantur, cùm difficile ſit inter artifices differentiam invenire, unum alteri præferre, & quæ uni fortè judici æquior videtur ſententia, illa alteri videatur durior & iniquior.

Digitized by Google

Facit *decimoſexto* quod ſoli Imperatori legis condendæ poteſtas reſervata ſit, ut conſtat *ex l.ult § 1.c.d.ll.* Cui conſequēs eſt communi Doctorū opinioni neceſſariam autoritatem attribui nō poſſe, quippe cum effectu & reipſa condendæ legis poteſtas ipſis interpretibus cōmunicaretur: quod abſurdū dictum.

Decimumſeptimū & ult. ſententiæ noſtræ fundamētum deſumitur ex eo quod ejus ſolius ſit leges mutare & abrogare cujus etiā eſt condere, puta ipſius Imperatoris *l.1.l.ult.C.de ll.* At ſi cōi Dd. opinioni neceſſariam autoritatē tribueremus eamq; pro lege haberemus, utique mutatio & correctio juris ſemel recepti interpretum autoritati permitteretur, ſiquidē non rarum eſt ut quæ aliquando fuit cōis opinio, poſtea cōis eſſe deſinat, & ex nō communi fiat cōior; unde & enatæ ſunt quæſtiones, quid obtineat, & judici ſit faciendū, ſi tēpore litis cōteſtatæ affirmativa vel negativa opinio fuerit cōis, at rei judicatæ & ſentētiæ ferendæ tempore contraria communior inveniatur quænam tum judicando attendi debeat opinio? Similiter ſi ante ſit judicatum ſecundum communem illius temporis, quæ poſtea fiat non cōis, An prior ſententia infirmetur & rei judicatæ autoritatē amittat; de quibus & aliis ex præſuppoſito illo enatis quæſtionib poſt Corat. latè diſquirit Marq. Freh. *de fama c. ult n.36. cum tribus ſeqq.*

Videamus quid ad ea quæ, p eſſerēda autoritate cōmuniū opinionū à patronis earū allata fuerūt cōmode reſpōderi poſſit & debeat.

Argumentabantur *primo* ab obſervantia & ſtylo fori, quaſi ita receptum ſit in judiciis, ut in ferendis ſententiis communis Dd. opinio attendatur à ſtylo verò & conſuetudine fori recedi non debeat *per allegata.* At negamus communi ſtylo & uſu fori ita receptum eſſe; à non nullis ſane judicibus, & judicum aſſeſſoribus ita obſervariō negamus; at perperam & ſine ratione id fieri, nec ſaluo jure perverſum huiuſmodi judicandi morem admitti poſſe evincunt ea, quæ contra cōmunium opinionū aſſertores ex legib. & legum rationibus modo adduximus. Poſito à judicibus cōiter ſtylū huiuſmodi hactenus, obſervatum fuiſſe, ei tamē cōſequens non foret, ab omnib. de hinc judicibus eundem obſervandum eſſe, nec ab eo recedi poſſe

cum abuſus ille ſit potius & corruptela quam verus rei uſus qui conſuetudinis juriſq; vim habeat; *per ea quæ notavimus ad § ſine ſcripto, Inſtit. de jure nat. gen. & civ.*

Nec quod *ſecundo loco* à primæva communium opin. origine deſumebatur argum. veritati hiſtoricæ convenit, ſed contrariū potius ex veterū JCtorum ſcriptis patet, non collegiſſe illos aliorū autorum & ſcribētiū ſuffragia, ac numero quaſi & autoritate adſtipulatorum certaſſe; quippe cum unius ſæpe autoritate fuerint contenti, *l. 1. verſ. Celſus ait, d. reb. cred. l. 9. de ſervit. l. 67. ad Treb.* uniuſq; autoritatē pluriū ſæpe ſuffragiis prætulerint, uti exemplo *l. 5. § pen. de impenſ. in res. dot. fact. & l. quæſitū 12. de inſtruct. & inſtrum. legato, ſupra oſtendimus.* Quod verò æqualium, aut ſuperiorum, autoritatem ſententiis & opinionib. ſuis fulciendis addiderunt, nō eo id factū fuit fine, ut per pluriū ſuffragia jus conſtituatur, ac inde vim & autoritatem juris conſequatur, cum & ſingulorum JCtorum reſponſa neceſſariam habuerint autoritatem, *juxt. § ipſa quoq; de jur. nat. G. & civ.* ſed ne ſingulares, & novæ ipſorum viderentur ſententiæ, & ut eò lubentius pro jure & lege reciperentur, ſi idem & aliis placuiſſe monſtretur.

Nec etiam, quod erat *tertium* contrariæ ſententiæ à neceſſario ſumptum fundamentum, rerum neceſſitas id exigit, ut communis opinio in judicando ea attendatur. Etſi enim nec conſulendo, nec judicando ea attendatur opinio, quæ vel ab omnibus, vel à pleriſq; Dd. qui ſuper ea quæſtione vel ſententia ſcripſerunt, recepta vel approbata fuit, quam communem appellant, non proinde tamen deerit ratio veritatis indagandæ, & ambiguitatis, ſi qua eſt, tollendæ. Uti nec poſthabità & neglecta communi opinione, juris imperfectio inde exiſtet, prout communis opinionis aſſertores *quartò* argumentabantur, quaſi ſcil. ſi cōis opinio non attenderetur, & pro lege haberetur, infiniti caſus indeciſi manerent, eo quod leges ita ſcribi non poſſint, ut omnes caſus, qui quandoq; inciderint, cōprehendantur; monente Julian. *in l. 10. cum 2. ſeqq. de ll.* Reſp. ſi quidem ambiguum & controverſum jus quod attinet, incertum & dubium ex certo & claro jure decidendum venit, puta ſi certa ſit regula, incerta

vero & dubia exceptio, ſtandum erit regulæ, nec exceptio admittenda; ſimiliter, ſi certo & ſpeciali jure facta ſit exceptio, contra eam dubia & incerta diſtinctio, ſive ut noſtris appellatur replicatio admitti non debebit. Imperfectionem quantum attinet rationem ſupplendi ea quæ legi deſunt monſtrat nobis Ulp. in l 13 de ll. quotiens, inquit, lege aliquid introductum & conſtitutum extat, bona eſt occaſio, cetera, quæ tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe juriſdictione ſuppleri; Interpretatione defectus ſuppletur, ſi certum ſit ſententiam & rationem legis in aliis etiam obtinere, tunc enim ubi par & æqualis eſt ratio, ibi etiam par jus eſſe debet, juriſdictione id ſit, ſi de paritate rationis dubitetur; Extra illam juris ſupplendi rationem, aliam ſibi interpres ſumere non debebit, ſed lege tacente tacere *juxta l. 8. de public. in rem. act l 9 §. 1. quod met. cauſ. l. 20. § 11. de petit hæred. l. 3. de offic. præſid. l. 1. de ſenat. l. 24. ad municip. Nov. 18. c. 5.*

Ad *quintum* contrariæ ſententiæ arg. à veriſimili, deſumptum reſpondendum, veriſimile quidem videri, quod quæ à pleriſque approbantur, veritati magis conveniant, quam quæ ab uno vel paucioribus, at quod veriſimile eſt, neceſſitatem nullam importat; quod melius & æquius eſt ſequi jubemur, non attenta multitudine Autorum *l. 1 §. ſed neque, C. de vet. jur enucl.* idque tum à JCtis, tum etiam ab ipſis Imperatoribus factum & obſervatum fuiſſe patet ex *l. 5. §. penult. de impenſ in res dot. fact. l. quæſitum 12. in pr de inſtruct. & inſtrum. leg. l. 10. C de condict. indeb.* Sanè in his quæ facti ſunt argumentum à veriſimili ſuam habet autoritatem, at in his, quæ juris ſunt perdit officium ſuum.

Quod attinet dictum Hieronymi relatum *in c. 5 extr. de conſtit.* indeq; deſumptum arg. ordine *ſextum*, reſpondendum quod eo demum caſu contra oppoſiti capituli ſententiam ageretur, ſi quis neglectis legibus vel Imperii conſtitutionibus, ex ſuo arbitrio & privatâ ſuâ conſcientia, jus dicere præſumat, quod utique argumento dicti capituli minime liceret, & apertè etiam Cameræ Imperialis aſſeſſores facere prohibentur, ut videre eſt in ordinat. Cam. *part. 1, titu. 13.* At

13. At verò, qui leges ſequitur, neglectis Doctorum interpretamentis nihil omnino contra præſcriptum objecti capituli facere cenſebitur.

Adducebant *ſeptimo* dictum Innocentii, quod extat *in c. 5. diſtinct. 64.* ubi Papa integrum, *inquit*, eſt judicium quod plurimorum ſententiis confirmatur. At verò licet id in electione Epiſcopi, de quâ ibi agitur, obtineat, ad jura tamen & illorum ſanctionem, ut quæ non ab autoritate interpretum, ſed ipſorum Imperatorum pēdet, transferri nequit. Eadem eſt ratio allegati *cap. 21. de offic. & poteſt. iudic. deleg.* nec enim ibi de juris quæſtione, ejuſque deciſione agitur, ſed de cauſarum cognitionibus, earumq; ordine ſermo inſtituitur, eaque ſedis Apoſtolicæ ab antiquis annis circa cauſarum & litium cognitionem proviſio fuiſſe dicitur, ut cognitiones hujuſmodi duobus quam uni, & tribus quam duobus libentius delegaret, addita ratione, quia integrum ſit judicium, quod plurimorum ſententiis confirmatur.

Non majorem vim habet *octavum* ex l. ult. C. de fideicom. petitum argumentum; Cum enim teſtamenti ordinatio ſit facti, & verò circa ea quæ facti ſunt prudentiſſimos etiam ſępe falli contingat, ideo ne quid falſitatis circa teſtamenti factionem incurrat, majorem teſtium numerum in teſtamentis ordinandis jura deſiderant, ut ita per plures homines & ampliorem teſtium numerum perfectiſſima veritas reveletur, ut habent verba dictæ *l. ult. de fideicom.* unde & fit, quod teſtes oportet videre teſtatorem *l. 9. C. de teſtam.* At vero juris conſtitutionem quod attinet non dependet illa à teſtimoniis & approbatione interpretum ſed ipſorum Imperatorum autoritate; *l. 1. & ultim. C. de ll.*

Unde, quod *nono* de fide & autoritate teſtiū adducebatur, ſpōte corruit; etſi enim concedatur de noſtris quoque JCtis & interpretibus noſtri temporis eadem dici, & prædicari poſſe, quæ de veteribus JCtis, (*quorum tamen longe alia fuit ratio & conditio, ut videbimus circa reſut. argumenti decimiſexti*) ex l. 2. de orig. jur. l. pen. C. de condict. indeb. l. fin. C. de his quæ in Eccleſ. manum. dicta & adducta fuerūt,

meminiſſe tamen debebimus, quod Judex non ſit adſtrictus judiciũ & ſententiam facere ſecundum pluralitatẽ teſtium, ſed pauciorum quandoque fidem ſequi poſſit, & debeat, prout apertis verbis facere jubetur *in l. 21. § fin de teſtib.* ubi Arcadius, ſi teſtes, inquit, omnes ejuſdem honeſtatis & exiſtimationis ſint, & negotii qualitas ac judicii motus cum his concurrit, ſequenda ſunt omnia teſtimonia; ſi vero ex his quidam aliud dixerint, licet impari numero, credendum eſt id quod naturæ negotii convenit, & quod inimicitiæ aut gratiæ ſuſpicione caret, confirmabitque Judex motum animi ſui ex argumentis & teſtimoniis, quæ rei aptiora, & vero proximiora eſſe compererit; non enim ad multitudinem reſpici oportet, ſed ad ſinceram teſtimoniorum fidem, & teſtimonia quibus potius lux veritatis adſiſtit; Quod idem, Calliſtratus de cognitionibus cauſarum ſcribens judicem monuit *in l. 3 § 1. & 2. eod.* Fac. *l. 13 de probat. l. 8. de pact. l. 13. de interrogat. in judic. & fac.*

Ad *decimum* contrariæ ſententiæ fundamentum petitum *ex l. 12 § ſed ſi fundus 27 de inſtruct. & inſtrum.* [illegible] patet, ex eadẽ lege. Refert [illegible] *§ 27.* Sabini [illegible] quotidie increſcere & invaleſcere dicitur, unde illi [illegible] communis opinionis ſatis comprobari putant; At contra mentem Ulpiani, qui eſt autor *d. l. 12.* inde ita inferri, patet, ex princip. ejuſdem legis, ubi cum quæreretur; An frumentum quod cibariis cultorum paratum erat, legatario cederet cui fundus cum inſtrumentis legatus eſſet, & id à [illegible] Ulpianus ſolius Servii autoritatem ſecutus affirmare non dubitavit, quod utiq; non licuiſſet ſi communiores opiniones attendendæ eſſent. Deinde quod Sabini ſententia à pleriſque comprobari dicitur, non eo id fit intuitu, quaſi ex acceſſione & approbatione aliorum JCtorum vim juris primum acceperit, ſed ut inde ejus æquitas eò magis eluceſcat.

In *undecimo* contrariæ ſententiæ argumento, deſumpto *ex l. athletas 4. de his qui not. infam.* committunt elenchum non cauſæ ut cauſæ. Athletas artem ludicram non facere, cum quicquid faciant virtutis gratiâ faciant, ex Sabino & Caſſio Ulp. refert, addens generaliter

raliter

raliter ita omnes (intellige JCtos) opinari. At ſciendum quod Ulp. Sabini & Caſſii opinionem ſequitur, non ideo id factum, quod fuerit cōis & à reliquis approbata opinio, ſed quia æqua & juſta ipſi viſa fuit, nihilominus ſecuturus utcunq; aliorum approbatione deſtitueretur, argumento eorum quæ circa refutationem argumēti proximè præcedentis *ex l. 12. de inſtruct. & inſtrum. leg.* paulo ante inferebamus, quod n. quandoq; autoritates citantur, aſſertaq; opinio ab omnib. vel pleriſq; recepta dicitur, *ut fit in d. l. 12. §. 27. d. inſtruct. & inſtrum. leg. & in objecta, l. Athletas, de his qui not. infam.* non eo id fit intuitu, q. ex acceſſione & approbatione aliorum JCtorum vim juris primùm acceperit, ſed ut inde ejus æquitas eò magis eluceſcat, alioqn non licuiſſet unius vel alterius autoritatem plurium placitis præferre prout tamen factum videmus, *in pr. d. l. 12. de inſtruct. & inſtrum. leg. in l. 5. § pen. de impen. ſ. in res dot. fact. in l. 10. C. de cond. indeb. & aliis quàm plurimis.* Idem reſpondendum *ad l. 17. de jur. patron.* & inde petitum arg. ordine *duodecimum:* nec n. eàm ob cauſam Ulp. opinionem ibi relatam ſecutus fuit, quod plurium autoritate niteretur, ſed quia neque verbis neque ſententiæ legis vel edicti prætoris conveniebat aliter reſponderi, prout ratio illa diſerte ab Ulpiano ſubjicitur.

Nec diſpar eſt ratio argum. *decimitertii* deſūmpti ex *l. 13. §. 2. de excuſ. tut.* quod n. Modeſtinus in ſententiæ ſuæ ibidē relatæ confirmationem plurium autoritates citat, nōn eo id facit intuitu, ut inde aſſertioni ſuæ vim & autoritatem juris conciliaret; ſiquidem longe aliam deciſionis ſuæ rationem attulit, hanc nimirum quia etſi verba legis ſententiam relatam admittere videantur, attamen menti & ſententiæ legiſlatoris non conveniat, & abſurda exiſtat: quæ ratio ſuaſit, ut à pluribus etiam ex mente legis idem ſit reſponſum.

Quod porrò *in l. 37. cum l. ſeq. de legib.* aſſeritur & pro argumento *decimoquarto* allatum fuit, nihil cum præſenti quæſtione cōmune habet. Si de interpretatione legis quæratur imprimis inſpiciendum eſſe ait, Paulus quo jure civitas retrò in ejuſmodi caſibus uſa fuiſſet,

cum

cum omnium optima ſit legum interpres ipſa conſuetudo. At verò ut ex his quæ de conſuetudine ibi aſſeruntur ad caſum præſentem inferamus; nulla quæ id ſuadeat adeſt ratio, mens & ſententia JCti in oppoſita *l.37.* ea eſt, quod quando ſenſus legis eſt ambiguus, ita ut aliunde ambiguitas illa tolli non poſſit, interpretatio ex conſuetudine ſumenda ſit, quia illa eſt voluntas & velut conventio ejus civitatis, quæ legem tulit, pro ut ratio illa extat in l 35. eod. At non eadem circa opiniones interpretum militat ratio; quare nec idem jus ibi ſtatuendum. Obſervantiam & ſtylum ſi quis urgeat, & in eo vim argumenti ponere conſtituat, q. ab opinione communiter recepta & conſuetudine juriſdicendi per innovationem recedi non debeat, illi ſatisfactum putamus ſuprà in refutatione primi contrariæ ſententiæ argumenti.

Unde & quod *decimoquinto, ex l.23.de ll.* objectum fuit, facile diſſolvi poterit, ſi repetamus quæ circa primum contrariæ ſententiæ fundamentum notavimus, & conjungamus *l.2.de conſtit princip.* indeque interpretationem *ad d l.23.* ſumamus, pro ut omninò ſumenda erit, uti plenius patebit ex his que inferius circa refutationem argumenti viceſimi ſecundi dicenda veniunt.

Quod *decimoſexto* pro aſſerenda communis opinionis autoritate *ex §.Reſponſa quoq., Inſtit.d.iur.nat.gent.& civ.* afferebatur, etſi non levem obtinendi & perſuadendi vim habere videatur, ſi tamen penitius introſpiciamus, veterum JCtorum Reſponſa ab interpretum noſtrorum deciſionibus & interpretamentis toto cœlo diſtare deprehendemus. Qua de re, quò rectius conſtare poſſit, principio nos remiſſos volumus ad ea, quæ tradit Dominus Vultejus *ad d. §. reſponſa quoq., Inſtitut.de iur.nat.gent.& civil.* ubi quæ de reſponſis & interpretationibus veterum JCtorum ex antiquitate & hiſtoria juris latè & eruditè diſſerit, magnam ad inſtitutum noſtrum lucem afferent, & omnem, quæ ſubeſſe videbatur, difficultatem tollent; deinde ſciendum, non omnium & ſingulorum JCtorum reſponſa neceſſariam olim autoritatem & vim legis habuiſſe, ſed eorum tantum, qui reſpondendi jus ab Imperatore ſpeciali conceſſione obtinuiſſet

tinuiſſet, monentibus Donell. *1. com.* 8. Vulteio &aliis ex interpp. ad d. §. reſponſa quoque. Tertiò reſpondendum huc venit; quod ſupra monuimus, omnem nimirum, quam antiquitus JCtorum ſententiæ autoritatem habuerunt, illis à Juſtiniano præciſam &ademptam fuiſſe, poſteaquam veterum JCtorum reſponſa, aliaſque juris partes in ordinem redegit, & ex illis ſolis, quas ipſe præſcripſit ſanctionibus jus dici voluit, uti præter *l. fin. C. de ll.* apertè conſtat ex ipſius conſtitionibus quas digeſtorum libris præmiſſas videmus.

Cui conſequens eſt, quod quæ poſt tempora Juſtiniani, & maxime poſt reſtitutum Imperium in occidente ab interpp. ad hæc uſque tempora in jus noſtrum ſcripta fuerunt aut porrò ſcribentur, nullam juris autoritatem, nec vim legis habeant, ut maxime juri ejuſdemque rationi eſſent conſentanea. Quod cum ita ſit, Elenchum comparatorum in addicto argumento commiſſum fuiſſe, ſponte patet, nec enim interpretum noſtrorum ſententiæ, utcunq; ſint communes, publicâ autoritate munitæ ſunt, prout veterum JCtorum reſponſa fuerunt; quo modo etiam dubium adductum ſolvit, & refutat Dominus Vulteius ad d. §. Reſponſa quoque, n. 9. cum ſeq. Communes, inquit, opiniones & ſententiæ Doctorũ, quæ hodie dicuntur, ad veterum reſponſa & interpretationes comparari vulgò exiſtimant, ut à quibus ipſis etiam in judicando & conſulendo recedere nefas ſit, quin imò recedens litem ſuam faciat, verum ſimilitudo ſive comparatio, in quo eſſe debebat, nulla eſt; neq; enim munitæ ſunt communes illæ ſententiæ autoritate publica, neque tàm receptæ ut judici aut JCto ab illis recedere non liceat, quo utique veterum reſponſa & interpretationes ſuſtineantur, *hac Vult.*

Nec quæ in ſubſidium adducta, & argumento propoſito ſubſtrata fuerunt fundamenta, firmandi vim habent, cum ut pro jure quid habeatur publica Imperii lex deſideretur, quæ hic deeſt; At licet ex rationibus adductis communes opiniones publica lege muniendæ & autoritate juris donandæ videantur, quaſi hac ratione Imperio circa juſtitiæ adminiſtrationem ſummopere conſulatur: quo minus tamen & illud fieri queat, impediunt abſurda & inconveni-

entia, de quibus ſupra circa confirmationem ſententiæ contrariæ argumento decimoquarto, decimoquinto & decimoſeptimo diximus, quo me remiſſum volo.

Decimumſeptimum contrariæ ſententiæ argumentum ſolutũ non erit difficile ſi diſtinguamus inter cauſas ordinarias & arbitrarias. Quod ad decidendas controverſias excellentium Autorum opinio, quandoq; adhibita fuerit, in cauſis arbitrariis, quarũ determinatio judicis arbitrio commiſſa eſt, id factum fuiſſe noverimus, & in illis utique licere Philoſophorum, Oratorum, Medicorum, Poëtarum & aliorum autoritates allegare, ut id quod propoſitum eſt probabile fiat, prout in locis adductis factum videmus; at ſecus eſt in cauſis ordinariis, judicis arbitrio non commiſſis, ſed lege certa deciſis; in illis ſola lege pugnandum, nec ad deciſiones illarum aliorum autorum teſtimonia & opiniones quicquam faciunt, quanquam illuſtrandi cauſa tale quid adducere non impediat.

Non majoris eſt importantiæ *decimum octavum ex l. 1. de offic. qu.* deſumptum argumentum. Etſi enim pro aſſerenda autoritate communium opinionum communiter *d. l. 1.* allegent, & pro ſolido fundamento habeant, meminiſſe tamen debuiſſent, agi illic de quæſtione facti, non juris, Quæritur quippe de Quæſtorum origine, quando & quo tempore illi primùm creati, cumque diverſæ ea de re opiniones extiterint, ad id quod pluribus verum viſum fuit Ulpianus reſpexit & ſecutus fuit, prout aliàs etiam in hiſtoriis, quæ facti ſunt, ad id reſpicimus, quod referunt Autores temporibus illis vicini, & in variis hiſtoricis diſcrepantibus ad id quod plurium autoritate nititur. At huic conſequens non eſt, quod & in dubio Juris articulo, ubi diſſonæ ſunt Juriſconſultorum ſententiæ ſimiliter attendi debeat, quænam ſit crebrior & communiori calculo approbata ſententia, cum diverſam illa rationem habeant, ut pluribus ſupra oſtendimus.

Nec magis obſtat *l. 1. de ſenatoribus decimo non allata:* imo contrarium potius exinde inferre licebit; dum enim Ulpianus JCti Saturnini ſententiam, ſtatuentis non tantum conſularium virorum uxores,

res, ſed & ipſorum matres, conſulares fœminas eſſe, eâ improbavit ratione, quia nec uſquam id ſit relatum, nec unquam receptum ex inde, eâdem argumentandi figura inferre licebit, nec communes quas vocant opiniones vim legis habere, quia nec uſquam id ſit cõſtitutum, nec unquam receptum; Conſtitutum non eſſe ex eo conſtat, quia contrarium non docetur; & inſuper arguunt argumenta ſuperius pro noſtra ſententia allata; Receptum non eſſe oſtendimus ſupra circa refutationem argumenti primi in contrarium adducti, ac docet quotidiana experientia & uſus fori; nihil quippe hodie frequentius quam ut contra communes illas, & in ſcholis diſputetur, & in foro judicetur, ut ait *Vulteius ad §. reſponſa quoque n. 10. de iur. nat.* Gent. & civ.

Quod attinet *l. pro herede 20. de acq. hæredit viceſimo* allatam, negamus, pro ratione & ſententiæ fundamento ibidem aſſertæ poni, quod pleriſque ita placuerit, eaque receptior ſit opinio, pro ut legenti facilè conſtabit.

Ejuſdem eſt farinæ quod *viceſimo primo ex l. 5. ad l. Aquil.* adductum fuit, ideoque eadem reſponſione ad autores à quibus citatur remittendũ. Similiter nec *ex l 21.* illud inferri poſſe lectio *d. l. 21.* dabit.

Quis ſit ſenſus *l. 2. de conſtit. prin. pro viceſima ſecunda ratione allatæ*, patebit, ſi nigrum ad rubrum transferamus: ſubjecta eſt lex illa tit. *de conſtitutionib. principum*, quo ipſo ſignificatur Ulp. hoc velle, quod etſi Imperatorib. tempore poſterioribus anteriorũ leges & conſtitutiones abrogare liceat, & id ſolum, quod noviſſimè placuit, pro lege haberi debeat, *l. fin. eod* cum par in parem non habeat Imperium *l. 14 de iuriſd.* nec princeps ſucceſſori ſuo legem, quam neceſſario ſequatur preſcribere poſſit, *per not. ad l. digna vox. C. de ll* ſi tamen ſemel quid ſit conſtitutum & pro jure receptũ, ab eo non facile recedendũ, nec contrarium conſtituendum niſi evidens quæ id ſuadeat ſubſit utilitas, & inevitabilis neceſſitas urgeat: cũ per frequentes illas correctiones, leges vileſcere & autoritatẽ amittere ſoleant, ita ut præſtet legem, quantũvis duram, retinere, quam temerè immutare *arg. l. 12. qui & à quib. man.* quod idem monet Paul. *in l. 23. de legib.* & Marcell.

in l etſi nihil 183. de reg. iur. At tale quid in communibus Doctorum opinionibus non obtinet: nec n. ullibi conſtitutum, ut pro jure & lege haberentur, nec unquam etiam in foro receptæ, ut pluribus oſtendimus ſupra circa refutationem argumenti decimi noni.

Quod porrò *vicesimo tertio* veritas & communis opinio æquiparari, adeoque opinio communis pro veritate haberi dicebatur, verum non credimus, nec textibus adductis probatur: Quod enim *in l. 3. de offic. prætor.* à ſervo prætore geſta, rata habentur, non eam ob cauſam id obtinere credemus, quod Barbarius Philippus communi hominum opinione pro libero habitus fuerit, ſed quia populus Rom. ita decreverat, & quæ ab iſto geſta fuerunt, rata haberi voluerit, ſuadente ita utilitate publica, ob quam alias etiam à ſtricto jure recedi ſolet; quo decreto & ratificatione populi opus non fuiſſet, ipſo jure ſi valuiſſent à prætore ſervo geſta: Sic quod *in §. ſed cum, Inſtit. de teſtam. ordi.* ſtatutum legimus, ſubſiſtere teſtamentum in quo, ſervus, qui communi opinione conditi teſtamenti tempore pro libero habebatur teſtis adhibitus fuit, ejus cauſa nō eſt, cōmunis hominum opinio, ſed principum conſtitutio, cujus ibi fit mentio: ipſo jure ſi ſubſtitiſſet teſtamentum opus non fuiſſet, ut Impp. ei ſubveniſſent, prout ex liberalitate & gratia ſingulari ei ſubveniſſe perhibentur: quod idem de reliquis etiam judicandum exemplis, ulterioris probationis cauſa adductis, ut taceam pleraque ex illis inter interpretes controverti, nec ac omnibus approbari, ut videre eſt apud Freher. locis allegatis. Dato, quod communis opinio & veritas æquiparentur, ac quod in opinione eſt pro vero quandoque habeatur, inde tamen ad præſentem quæſtionem inferre nō liceret, quippe cum illic per communem opinionem intelligatur ea, quâ omnes promiſcuè eodem quid opinantur modo, nec eſt qui aliud ſibi perſuaſum habeat, vel contrarium credat: hic verò per communem opinionem exaudiatur & ſignificetur ſententia in dubio & controverſo juris articulo communioribus votis & ſuffragiis comprobata, reliquis juris autoribus, numero paucioribus, in contraria ſententia hærentibus, prout patet ex definitione communis opinionis ſupe-

ſuperius relata. Denique agitur illic de quæſtionibus facti, hic verò de quæſtione juris; In facto facile errari poteſt, adeoque error ille excuſatione dignus, at cum omnes jura ſcire teneantur, juris ignorantia ullo favore digna non eſt, nec proinde opinio ſive error, utcunque ſit communis, jus facit aut pro jure habetur.

Viceſimum quartum contrariæ ſententiæ fundamētum quod attinet. Negamus JCtum Ulp. *in allegat. l. 11.* pro rõe decidendi poſuiſſe, quod pleriſque ex JCtis in quæſtione ibi propoſita ita placuerit, idq; probatum redditur ex eodem Ulp. & ejus reſponſo, quod de conſimili facti ſpecie extat *in l. 1. §. 13. de vi & vi arm.* ubi cum dixiſſet interdictum de vi, non tantum adverſus illum dari, qui quem poſſeſſione ſua ipſo facto dejecit, ſed & adverſus eum, qui dejici mandavit, Sabini JCti autoritatem citat, ejuſque ſententiam veram pronunciat: quod utique non licuiſſet, ſi ad pluralitatem autoritatum reſpiciendum eſſet. Ulp. in d. *§. 13.*

Ad argumentum *viceſimum quartum* deſumptum ex *prin. Inſtit. de hæred. Inſtit.* Ex ipſo textu reſpondetur: Etſi enim ſecundum plurium ſententias teſtator ſervum ſuum non aliter, quam cum libertate olim hæredem ſcribere potuerit, ab eo tamen poſtea receſſum, & JCti Attilicini contrarium ſentientis opinio comprobata fuit, eò quod humanior & æquior illa fuerit, quod utique factum non fuiſſet, ſi ad pluralitatem reſpiciendum foret: nec quod antiquitus aliud obtinuit pluralitas opinantium fecit, ſed quia uſu ſententia illa invaluerat.

Idem judicandum de argumento *viceſimo ſexto* deſumpto *ex l. 18. de in jus vocand.* Quod enim de domo ſua quem in jus vocare non licuit, humanitatis & æquitatis ratio ſuaſit, quia domus tutiſſimum cuique refugium atque receptaculum eſt, ac proinde à pietate alienum, manus alicui ibid. inferri, Unde & à JCtis communiter quotquot de citationum materia ſcripſerunt pro jure & lege id promulgatum, nec quiſquam fuit, qui contrarium ſtatuerit: quo ſenſu ſi exaudiatur vocula *Pleriq;*, uti exaudienda eſt, nullus omnino ſupererit ſcrupulus.

Ad *l. un. de reſponſ. prud.* ex cod. Theodoſiano citatam, facilis eſt reſponſio; Cum enim conſtitutio illa Codici Juſtinianeo non ſit inſerta, pro parte & ſpecie juris non habebitur; deinde contrarium conſtitutum, & dictæ legi derogatum eſſe videre licet ex *l. 1. C. de veter. jur. enucl.* que alias eſt & *inſeritur conſtitutio* [illegible]

Quod in *c. Novimus, de verb. ſign.* [illegible] in contrarium adducto Innocentius Papa circa degradationem Clerici opinionē à pluribus approbatam ſecutus fuit, non ideo id factum [illegible] ad pluralitatem reſpiciendum fuiſſet, ſed quia probabilior illa ipſi viſa fuit ſententia, & diverſa anteriorum Pontificum [illegible] reſponſa, nec quid certi antea obtinuit

In *c. quamvis, de appellat.* unde [illegible] contra [illegible] ſententiæ argumentum deſumpſerunt Clemens Papa in petendis Apoſtolis antiquam & communem obſervantiam litigantium, ſive ut hodie loquimur ſtylum fori comprobat, cum æquitate ipſa nitatur, utcunque de rigore juris aliud fortè dicendum fuiſſet. Idem & nos dicimus, multique oſtendimus [illegible] argumentum [illegible] pro affirmativa, adducto [illegible] Doctorum opinionē [illegible] de ſtylo & uſu fori pro lege habendo [illegible] juris receptum eſſe jam ante negavimus. Sanè à nonnullis judicibus & judicū adſeſſoribus ita obſervari conceſſimus [illegible] potest: at perperā & ſine ratione, id fieri, nec ſacro jure [illegible] hujuſmodi judicandi morem admitti poſſe monuimus. Primò ut [illegible] judicib. & judiciis [illegible] ſententiis [illegible] & ſecundum eam ſententiam [illegible] non [illegible] et, ab omnibus dehinc judicib. eundē [illegible] obſervari debere, nec ab eo recedi poſſe, quippe cum nullibi ſit conſtitutum, ut cōes, quas vocant, opiniones vim legis habeant. Imo cōtrarium potius conſtitutū eſſe, evincunt ea quæ communiū opinionum aſſertores ex legib. & legum rationibus ſupra adduximus: ut ita qui in contrariū allegatur ſtylus abuſus ſit potius & corruptela, quam vetus rei uſus qui cōſuetudinis jurisq; vim habeat; pindeq; minime ſequēdus, prout & nihil hodie frequētius

fieri

fieri videmus, q̃ ut cõtra cões illas, & in ſcholis diſputetur, & in foro judicet, uti plurib. diximus ſupra circa refutationẽ primi & decimi noni argumentorũ in cõtrariũ oppoſitorum; quo nos remittimus.

Ad *c.2.cauſa 3.q.3.triceſimo* allatum reſpondemus negando eam ibi cõprobari ſententiam, in quâ plurimi cõcordarunt; ſed referri tantum diverſas Patrum in dilationibus Epiſcopo accuſato dandis ſententias: ac totum arbitrio judicis committi, ut is æſtimet, quantum temporis concedi debeat, ita tamẽ, ne minus ſit quam ſex menſium. Nihil quoq; nobis negotii faciunt, nec contrarium evincunt, quæ pro aſſerenda autoritate communium opinionum ulterius allata fuerunt, puta de ſtatutis concilii provincialis *argum.31* de interpretatione divinarum ſcripturarum *argumento 32.cum ſeq.* de ordinatione Epiſcopi *argumento 34.* & quod aliàs in determinandis hominum negotiis, majora vota præponderent, & plurium ſuffragia in concluſo faciendo attẽdantur, uti inductione circa *argumentum 35.* multorum exemplorũ demõſtratum fuit; Etſi n. in actib. & negotiis hominum quæ collegialiter peragi ſolent, ita factũ opus ſit, eò q alias ad concluſionẽ & determinationẽ pveniri nequeat; lõge tamen alia eſt ratio noſtræ materiæ & quæſtionis propoſitæ, ſiquidẽ actus, de quib. diximus, ex arbitrio, & diſcretione eorũ, ad quos pertinẽt, dependẽt & inde determinationẽ accipiunt; at ſi de jure ejuſq; cõſtitutione agatur, ac quid pro jure & lege haberi debeat quæratur, ſolius legislatoris poteſtas & autoritas attenditur, nec eorũ quib. jus illud conſtitutũ & præſcriptum fuit, arbitrium ſpectatur. Sanè de jure cõſtituendo ſi tractetur, nec penes unũ ſit legis condendæ poteſtas, ut olim fuit, ſed ad plures negotiũ illud ptineat, p ut hodie mutata Imperii facie obtinet, pluriũ ſuffragia attenduntur, & ſecundũ pluralitatem votantiũ jus conſtituitur, at jure jam conſtituto utẽtium ſuffragia, in eo limitando vel ampliando minime attenduntur, ſed ad legem ipſam & conſtituentis voluntatem præcisè recurrendum, indeq; de limitationibus vel ampliationibus juris conſtituti judicandum.

Triceſimum quintum à fama, deſumptũ argumẽtum quod attinet, Reſpondendũ primo non licere argumẽtari ab his quę ſunt facti, ad

ea quæ

Digitized by Google

ea quæ juris exiſtunt, prout, inter alios juris textus, conſtat *ex l. 1. §. 4. ad Turpill. l. 15. ad municip.* Nec deinde argumenta à ſimilibus ſumpta, quale eſt quod à fama ad aſſerendas communes opiniones ſumitur, multum habent roboris cum ſimilia rem non probent ſed jam ante probatam duntaxat illuſtrent. Imò à famâ ſi argumentari velimus contrarium potius inde inferremus, cum fama neceſſariam probandi vim non habeat, ut patet *ex l. 3. §. 2. de teſtib.* cui conſequens eſſet, nec communes Dd. opiniones neceſſariam autoritatem, & vim legis habere, id quod contra interpp communiter probandum ſuſcepimus.

Argumento *trigeſimo ſeptimo* quod habetur locum obtineret, ſi communis opinio jure ſit fundata. tum enim ſubtilium & ingenioſorum hominum ſubtilitates & cavillationes (de quibus in allegata *l. penult. ad exhib.* ſermo eſt) minime attendendæ forent; at omnes quæ contra communes opiniones in ſcholis vel foro diſputationes moventur, meras eſſe ſubtilitates & Novatorum cavillationes, omnino negamus, ad rei evidentiam, teſtem omnium certiſſimam provocantes.

Nec enim, prout *ultimo* contrariæ ſententiæ fundamento aſſerebatur, communes Dd. opiniones certis ſemper nituntur rationibus, ſed plures, contra leges & rationes temerè & inconſultò invaluerunt; Ac licet forte ratio dari poſſit, exinde tamen non ſtatim pro jure haberi poſſent, cum ratio jus non faciat, ſed legislatoris autoritas deſideretur, uti plenius conſtabit ex quæſtione proximè ſeq. ad quam pro uberiori ſolutione argumenti ultimi nos remiſſos volumus.

Hæc ſunt quæ pro aſſerenda autoritate communium opinionum à patronis earum afferri ſolent; ex quorum refutatione denuò conſtat, multum errare eos, qui cōi opin neceſſariam autoritatem attribunt, illamque in jure controverſo decidendo ſequendam, & ſecundum eam pronunciandum ſtatuunt; nec ut illi volunt ſententiam contra communem latam ipſo jure nullam exiſtere, prout quæ contra jus ſcriptum lata fuit, ipſo jure nulla exiſtit.

DECI-

DECISIO SECUNDA.

An & quatenus vera ſit vulgata practicorum Theorica, qua intentionem ſuam fundatam habere dicitur, qui regulam pro ſe habet. Et quid regulæ verbo contineatur?

ACCIDIT quandoque, ut ad caſus propoſiti determinationem allegaretur vulgata juris regula, quod deſtinatum ad rem haut pro reipſa, & factum ac deſtinatum per paria cenſeantur, de qua interpp. communiter *ad l. pen. de milit. teſtam. & in l. inter catera. §. ſed etſi de lagat. 1. Gabriel. de praſump. lib. 1. concl. 12. Tiraq. lib. 1. retract. §. 1. gloſ. 7. & in tract. de legib. connub. gloſſ. 2. n. 30. Cotta in memorabilib. verb. veſtibus legatis*; indeque deciſio peti voluerit, eo quod, juxta receptam practicorum theoricam, intentionem ſuam fundatam habere cenſeatur, qui regulam pro ſe habeat. Quæ argumentandi ratio, cum fallax, incerta & lubrica mihi videretur, in veritatem dictæ Theoricæ, quatenus illa obtineat, & num ad communes juris ſententias hujuſmodi habentur ſub tit. de regulis Juris; pertineat, inquirendum duxi. Non deſunt, ex quibus id dicendum videtur. Et *primo* quidem ex vi & uſu verbi, quippe cum ſententiæ hujuſmodi κατ' ἐξοχὴν & quadam eminentia Regularum verbo veniant, ut ita in illis maxime ſupra dicta Theorica verificari videatur, cum verbum abſolute poſitum in potiori ſignificatu accipi debeat per vulgat.

Deinde ex Etymologia & notatione nominis, tradita *in c. 2. diſt. 3.* ubi ex Iſidoro regula inde dicta eſſe perhibetur, quod recte ducat, nec aliquando aliorſum trahat, vel quod regat, & normam recte vivendi præbeat, diſtortum pravumque corrigat, ut ita per regulam hoc loco ſignificemus, brevem quandam ſententiam juris, ad quam veluti normam exploretur, quid in quaque juris quæſtione, ac difficultate propoſita, rectum, æquum ac verum ſit, definitore Fabro *ad l. 1. de reg juris.*

Cui accedit *tertio*, quod lex & regula ſint æquipollentia, & per

 regu-

Digitized by Google

regulam lex definiatur *l. 2. de ll.* Atqui ad leges ſuprà dictam juris Theoricam pertinere nemo negabit.

Facit *quartò*, quod ſententiæ hujuſmodi non ſimpliciter Regulæ vocentur, ſed cum additamento Regulæ juris nuncupentur, ut ita ad decidendas quæſtiones juris non minus & illæ pertineant, quam alia juris noſtri capita, cum juris verbum uno & eodem ſemper ſumatur modo, nimirum pro præcepto æqui, quod jubeat quæ recta ſunt & prohibeat contraria.

Quintò argumentum ſumi poterit ex collocatione & ſitu titulorum, qui ſunt *de reg. jur.* ſiquidem tum civili, tū canonico jure in numerum aliarum ſpecierum juris referuntur, ſicuti videre eſt in Digeſt. decretis & decretalibus, ubi ad finem ſemper annectuntur tit. *de reg. jur.* ut ita quemadmodum ex præcedentibus titulis deciſiones ſumuntur, ita & ex ultimo eis cohærente & annexo firmiter inferre liceat, quod niſi dicamus & vim juris illis communicemus.

Sexto, inde ſequeretur, quod nullus aliquin regularum hujuſmodi ſit uſus, & fruſtra à Juſtiniano in peculiarem titulum ſint relatæ, quod dictu abſurdum & inconveniens.

Urget *ſeptimò* quòd ratio naturalis vim legis habeat, & quærere legē ubi naturaliter ſentimus defectum inciſis arguat ut poſt Dd. commun. tradit Borch. *de verb. obl. c. 2. n. 12.* cui conſequens videtur non minus ex ſuperioribus juris regulis, quam ex aliis legibus ſpecialibus deciſiones ſumi poſſe, cum regulæ ejuſmodi in naturali ratione ſint fundatæ.

Idem *octavò* velle videtur Gratianus *in c. conſuetudo. § porrò, diſt. 1.* ubi ratione legem conſiſtere, adeoque rationem, ipſammet legem eſſe aſſerit, ſi ratione, inquit, lex conſiſtit, lex erit omne, quod ratione conſtiterit; Cui conſequens eſt, ex rationibus ſumptas argumentationes jurisq; regulas vim legis habere.

Facit *nonò* quod legum rationes, quibus illæ, ut modo dictum, ceu fundamento innituntur, ex regulis & ſententiis juris, de quibus agimus, deſumantur: ut, quod prætor actionem conſtitutæ pecuniæ intro-

introduxit, ejus ratio ſumitur ex regula naturali, quia grave eſt fidē fallere: quod actionem negotiorum geſtorum dedit, rationem habet in regula juris, quia nemini officium ſuum debet eſſe damnoſum; & ſic deinceps aliæ juris conſtitutiones ex aliis jurium regulis dependent, indeque ſuum eſſe habent.

Confert *decimo*, quod liceat ex identitate rationis argumentari, & de uno caſu ad alium procedere, ita ut ubi eadem eſt ratio; ibi idem jus ſit conſtituendum, & ubi diverſitatis ratio reddi nequit, ibi nec diverſum jus obſervari debeat, per text. *in l. non poſſunt 12. cum l. ſeq. Dig. de ll. l. ideoq. 27. l. de quib. 32. eod.* cujus exempla extant *in d. l. de quibus, § inveterata, de legib. in l. quædam 9. §. numulularios, de edend, in l. ut tantum 14. de ſerv. corrupt in l. 3. §. fin. de conſtit. pecun. in l. illud quæſitum 32. in pr. ad leg. Aquil. in l. quia 11. de præſcr. verb. in l. quoties 21. eod. in l. cum mulier 47. ſol matr. in l. unic. in prin. de bon poſſ. ex teſtam. milit. in l. cætera 41. § ſed &, de leg. 1. in l. nec in eo 22. de adult. in l ſi poſtulaverit 27. eod. in l à Titio 108. de verb. obl. in l. ult. C. de inoffic. donat. & §. eadem ratione, Inſtit. quod cum eo qui.*

Facit *undecimo*, quod propter æquitatem & utilitatem publicam à jure conſtituto recedere, vel nondum conſtitutum conſtituere & noviter introducere liceat *l. 2. de conſtit. pec. l. in omnib. 90. l. 144. l. eaque 192. de reg. jur. l. placuit, C. de judic. l. ita vulneratus, § pen ad l aquil. l. 3. de offic. prætor. c. fin. ext. de tranſact* Hinc ſi dormiens quem occidat, ut, homicida puniri nequit per trad. à Claro *in prax. crim. § fin quæſt. 60.* quæ exceptio ex perſona facientis ſumpta licet deſtituatur lege, attamen propter æquitatem admittenda venit. Sic licet judex ex officio in crimen inquirere illudque punire poſſit, ſi tamen læſo nulla ejus criminis nomine competat actio, prout in bannito obtinet, ipſius etiā magiſtratus inquiſitio, & pœnæ impoſitio ceſſabit; quod licet ſpeciali lege deciſum non extat, merito tamen recipi debebit, cum evidens ejus ſit æquitas, & pœnam non mereatur, quod lege permittente fit, juxta vulgatam juris regulam traditam *in l. Gracchus 4. cap de adult.* Aliud exemplum extat apud Jul. Clar. *§ fin. quæſt. 4. & quæſt. 52. in prin.* non raro in judiciis adverſus Accuſationes publi-

 cas,

Digitized by Google

cas maximè accuſationem homicidii, ex parte Reorum opponi ſolet exceptio, quod nondum conſtet an crimen, de quo accuſatio inſtituta fuit, commiſſum ſit; deeſt lex ſpecialis, qua exceptio iſta fundetur, attamen propter evidentem æquitatem communi opinione approbatur & in foro admittitur; unde licet quis fateatur, hominem à ſe interfectum, ſi tamen de interfecto non conſtiterit, confeſſus ut homicida non eſt puniendus, annotante poſt alios Farinac. *in prax. crim. quæſt. 2. nu. 11.* ubi autem ſe nunquam condemnaturum confitentes, ſe hominem occidiſſe, atque in mare projeciſſe, quanquam prope mare habitent. Sic ad nudam confeſſionem furtorum in diverſis locis factorum nemo debet condemnari ad pœnam mortis, niſi prius conſtet de furto, referente Modeſtin. Piſt. *qu.* 117. ubi exemplum ponit in fure, apud quem inventæ fuerunt variæ merces, quas confeſſus fuit, ſe in nundinis furatum in variis tabernis mercatorum; Et ut conſtaret de veritate delicti, per proclama denunciatum, ut ſi quis perdidiſſet aliquid, is hoc indicaret judici, quanquam eo caſu Piſt. putet hujuſmodi confitentem condemnandum fuiſſe, eo quod veriſimilis ſit illa confeſſio, cum fuerint res varii generis, nec appareat de alio titulo.

Duodecimo affertur *l. 3. de offic. adſeſſ.* ubi Martian. ait, quod licet infames ſpeciali lege non prohibeantur aſſidere, tamen ipſos adſeſſores eſſe non poſſe: Cujus ratio dependet ex vulgata juris regula, quod infamibus portæ dignitatum non pateant, & ſemel malus ſemper malus præſumatur.

Decimo tertio & ultimo non parum facere videtur, quod multa jure noſtro arbitrio judicis decidenda committantur, ubi certè ex bono & æquo, ſive probabilibus rationibus, argumentis topicis, & regulis juris deciſionem ſumi neceſſe eſt, cum alias ad determinationem perveniri non poſſit: cujus exempla hinc inde jure noſtro occurrunt, & magno numero collegit Jacob. Menoch. *in tract. ſuo de arbitrar. judic. quæſt. per tot.*

At his nõ obſtantibus, magis eſt ut dicamus ſupra dictam practicorum Theoricam, qua intentionem ſuam fundatam habere di-

citur, qui regulam pro ſe habet, in communibus illis ſententiis, juriſque regulis, quales continentur ſub titulo de reg. jur. minimè verificari, nec appellatione legum, quas judicando attendi debere diximus, generaliſſimas illas juris ſententias contineri, ſed ſpeciales cujuſque caſus definitiones ſignificari: Idque probatur tum apertis juris noſtri textibus, tum evidentibus inde deſumptis rationibus. Ex textibus *primò* occurrit l. 1. de reg. jur. ubi Paulus ex regula, inquit, jus non ſumitur: quibus verbis ſignificare voluit, ex generalibus illis rationibus ſeu regulis & ſententiis generaliſſimis, quales continentur ſub tit. de reg. jur. non poſſe dari actionem, exceptionem, aut aliud jus, niſi ſpeciali aliqua lege adjuvētur, explicante ita Nic. Vigel. in notis *ad d. l. 1. de reg. jur.* Nec obſtat, quod ſubjicit Paulus per regulam brevem, quandam rerum narrationem tradi, & eſſe quaſi cauſæ conjectionem, quo ipſo innuere videtur, legibus certis & ſpecialibus deficientibus, licere judici ex regulis illis generalibus, quaſi ex quibuſdam inditiis, jus cauſæ conjicere, vel aliquid, quod ſequatur, præſumere; ſiquidem non indefinitè ſed limitate verba illa excutienda, & ad quæſtiones facti, aliaſque cauſas arbitrarias referenda eſſe, ex ſubſequentibus manifeſtum fiet.

Cui concordat *ſecundo* ejuſdem Pauli Reſponſum, quod extat *in l. 5. de probat.* ubi, ab ea, inquit, parte, quæ dicit adverſarium ſuum aliquo jure prohibitum eſſe, ſpecialiter lege vel conſtitutione id probari oportet.

Accedit tertiò *l. ſi vero 64. §. de viro ſolut. matrim.* ubi Ulp. in quibus, inquit, caſibus lex deficit, non erit nec utilis actio danda.

Confert *quarto l. 3. in fin. de offic. præſid.* ubi Paulus habet, inquit, præſes interdum Imperium & adverſus extraneos homines, ſi quid in alium commiſerint; nam in mandatis principium eſt, ut curet is, qui provinciæ præeſt malis hominibus purgare provinciam, nec diſtinguitur unde ſint.

Quinto facit *l. 10. de publ. in rem act.* ubi Cajus, de precio, inquit, ſoluto nihil exprimitur, unde poteſt conjectura capi, quaſi nec ſententia prætoris ea ſit, ut requiratur, utrum ſolutum ſit precium, nec

 ne, quod

Digitized by Google

ne; quod perinde eſt, ac ſi dixiſſet, deficiente lege ſpeciali, non licere diſtinguere, utcunque probabilis aliqua ratio diſtinctionem ſuadere videatur.

Sexto idem haud obſcure innuitur *in l. 1. §. calumniatoribus. ad Turpill. & l. 15. ad municip.* ubi dum aſſeritur, facti quidem quæſtionē eſſe in arbitrio & poteſtate judicantis, juris verò autoritatem non eſſe; eo ipſo ſignificatur, non licere judici deficiente lege ſpeciali, quid pro jure ſtatuere & ex privato ſuo arbitrio, motuq; mentis de jure judicare.

Idem *ſeptimò* datur intelligi ex *pr. Inſtit. de offic. judic.* ubi Juſtin. illud judicem obſervare debere ait, ne aliter judicet quam legib. cōſtitutionibus, vel moribus proditum eſt, quibus verbis non generales juris ſententias & regulas, ſed ſpeciales deciſiones intelligi minime dubitandum.

Facit denique *§. ſed iſte quidem, Inſtitut. de actionib. & §. hac exempli cauſa. de except.* ubi dum Juſtin. ait, quod omnis actio & exceptio, aut ex civili aut prætorio jure deſcendat, exceptiones & actiones ex rationibus, regulis generalibus, aliiſque argumentis, pro cujuſque arbitrio excogitatis admitti non debere indicat.

Ex rationibus quibus ſententia noſtra comprobatur, & cōtraria refutatur, prima non levis momenti eſt ea, quod jus noſtrum finitum, & certis cancellis circumſcriptum eſſe debeat, monente Neratio *in l. 2. ff. de jur. & fact. ignor.* Atqui ex regulis juris, argumentis topicis & ſententiis generaliſſimis, ſi argumentari, & jus inde conſtituere liceret, finitum jus non haberemus; ſiquidem nulla erit regula, quæ non excipiendo, nulla exceptio, quæ non replicando, nulla replicatio, quæ non duplicando, & ita deinceps limitari & diſtingui poſſet, excogitata probabili aliqua diſtinguendi ratione.

Deinde ut finitum ita & certum jus noſtrum eſſe debere *ex d. l. 2.* haud obſcure patet; quod enim finitum eſt, idem & certū eſt, nec in incerta ſede vagatur. Atqui ex generaliſſimis illis ſententiis, quod deſumitur, plane incertum exiſtit, cum regulis & ſententiis iſtiuſmodi aliæ regulæ facile objici poſſint, & argumenta contrariis argumentis

gumentis elidi; adeoque quod uni forte probabile & æquum viſum fuit, alteri iniquum & minus probabile videri poſſet.

Unde *tertium* ab abſurdo conſequenti deſumptum argumentum reſultat; Cum enim, teſte Ariſtotele, probabilia ut plurimum inter ſe ſint contraria, fit ut quæ ab aliquibus ex probabili aliqua ratione, introducta fuit diſtinctio juris, ab aliis contraria argumentādi ratione, improbetur, indeque jus controverſum exiſtat, idq; contrà naturam & rationem juris bene conſtituti, ut quod certum & finitum eſſe debebit, *per d.l.2.de jur.& fact.ignor.*

Quarto omne jus ita comparatum eſſe debebit, ne quis veriſimilem ejus ignorantiam prætendere poſſit, contra regulam traditā, & exemplis declaratam *in l.1.l.2.l.3.l.4.l.7 l 8 l 9.& tot.titul.de jur.& fact.ignor.* At ex regulis hujuſmodi, ſententiis generaliſſimis, & argumentandi rationibus, quod deſumitur, ejus probabilis eſt ignorantia, cum ſit incertum, & dubium, nec ſenſibus noſtris expoſitum.

Quinto non rationibus, ſed legibus pugnandum eſſe docemur exemplo *l.4.C.de verb.ſig.* ubi legatum illi, aut illi relictum copulativum eſſe dicitur, cum tamen ex diſputandi ratione diſiunctivum potius eſſe videatur, *juxta l. ſi ita 43. §. fin.de leg. 2.* Sic licet quod ſub conditione debetur poſſit vendi *l. 17. & 19. de hæred. vel action. vendit.* item, donari *l.3.C.de donat.* non tamen, quod ſub conditione legatum fuit, ante exiſtentiam conditionis, alii delegari poteſt, *l. legata 41.de condit,& demonſtr.* quod utique juxta *d. l. 17. & d.l.13.* dicendum eſſet, ſi rationibus & argumentis pugnare, indeq; jus conſtituere liceret.

Sexto non ex rationibus & regulis juris actiones vel exceptiones ſumi, & inde agi vel excipi poſſe, inductione exemplorum demonſtratur. Licet enim regula ſit, jure noſtro fundata, nemini officium ſuum debere eſſe damnoſum *l.7.quemadm.teſt.aper.l ſi ſervus 63. §. quod vero, de furt.* ex illa tamen, utcunque naturali jure ſubſiſtat, is qui aliena negotia geſſit, non potuiſſet actionem negotiorum geſtorum intentare, niſi hoc ipſi ex edicto prætoris quod

quod habetur *in l.1.de negot.geſt.* conceſſum fuiſſet. Nihil tàm congruum eſt fidei humanæ, quam ea ſervare quæ ſemel placuerunt *l.1. in princ.de pact.l.1.de conſtit.pecun.17.commod.* Ex hac tamen regula actio ex pacto non datur, niſi edicto prætoris, aut alia ſpeciali lege adjuvetur *l.6.de pact.* ubi Paul. interdum, inquit, ex pacto actio naſcitur, quoties ſcilicet lege vel Senatuſconſulto adjuvetur. Similiter, licet grave ſit fidem fallere, nec promiſſis ſtare, ex hac tamen regula, utcunque in jure naturæ fundata, actio cõſtitutæ pecuniæ intentari non potuiſſet, niſi prætoris edicto introducta fuiſſet, *l.1.& tot. tit.de conſtit.pecun.*

Sic licet regula ſit, quod ſemel placuit amplius diſplicere non debet, *c.quod ſemel, de reg.iur.in 6 l.9.quod met.cauſ.l.17.commod.* Ex illa tamen donator, ut donationem factam adimpleat, & rem donatam tradat, conveniri non potuiſſet, niſi conſtitutio Juſtiniani, quæ eſt *in l.argentum 36.C.de donat.* acceſſiſſet.

Regula eſt, non debere alteri per alterum iniquam conditionem inferri, *l.non debet 74.de reg iur* ex illa tamen, data non fuiſſet actio, qua actor revocare potuiſſet rẽ, quam adverſarius judicii mutandi cauſa, quo Actori potentiorem adverſarium objiciat, alienavit, niſi ea de re peculiare edictum a prætore propoſitum fuiſſet, quod habetur, *in l.1.de alienat.iudic.mut.cauſ.facta* quod prætoris edictum ſupervacuum fuiſſet, ſi ex ſuperiori regula actio daretur, id quod dictu eſt abſurdum, *l.16 in pr.de minorib.*

Idem de aliis actionibus dicendum, quæ licet juſtiſſimis rationibus nitantur, non tamen ex iis competunt, ſed ex legibus, quibus ſpecialiter ſunt introductæ.

De actionibus quod diximus, oportere illas ſpeciali lege eſſe fundatas, idem de exceptionibus obtinet; nec enim ulla admittenda eſt exceptio, niſi quæ ſpeciali lege nitatur, & autoritate ejus, penes quem eſt legis condendę poteſtas ſubſiſtat. Quo attento haud difficile erit pleraſque ab interpp. excogitatas jurium diſtinctiones dijudicare; quia enim falſo perſuaſum habent, jus & juris exceptiones, non ſolum ex legibus ſpecialibus, ſed & ex regulis generalibus

& argu-

& argumentis topicis deſumi, levibus ſæpe rationibus leges diſtinguunt & exceptiones adverſus eas comminiſcuntur, quæ ab aliis poſtea impugnantur; at ſi præſupponamus, ex regulis, ſententiis, & argumentandi rationibus, jus non deſumi, regulæ adhærendum erit nec controverſa & dubia exceptio adverſus eam admittenda, *juxt. l. 1. §. ſed ſi ſciente, verſ. in re igitur dubia, de exercit. act. l. non alia 69 in pr. de leg. 3. l. 8. §. ſi dubitari, quib. mod. pignor. vel hyp. ſolo.* Quod ne ſine exemplorum appoſitione obſcurius dici videatur, unum atque alterum adduxiſſe exemplum, neceſſitas eſt. Evidens ejus rei exemplum occurrit in execeptione Scti Macedoniani; contra conditionem ex mutuo, qua agitur ad ſolutionem pecuniæ mutuo datæ, inter alias exceptiones opponi ſolet exceptio, quod filiofamil. mutuo pecunia data ſit quam Scti Macedoniani exceptionem vocamus; Rationem & cauſam, quâ introducta fuit, refert Ulpian. *in l. 1. in prin. ad Sct. Macedon.* indeque repetiit Tribon. *in §. illud propriè, Inſtit. quod cum eo qui in al. pat. eſt*; At licet ratio illa jam olim extiterit, & omnibus æqua viſa fuerit, attamē creditori mutuum cōdicenti exceptio illa opponi non potuit, donec tandem ſpeciali lege à ſenatu introduceretur, poſtquam ſenatus conſtitutionem illam creditori opponere licebat, ante illam non licuit, utcunq; etiam ratio tum fuerit, & regula cui innititur hæc exceptio illo quoque tempore extiterit.

Idem circa exceptionem ſoli Vellejani advertere licet, quæ licet optima ratione, quam refert Ulpian. *in l. 2. ad Sctum Vellejan.* inintroducta fuerit, attamen ante ſenatus conſtitutionem exceptio illa, quod mulier pro alio intercedere & fidejubere nequeat, opponi non potuit, quamvis eadem ratio etiam tum fuerit, & ſexus imbecillitas quam exceptionis illius cauſam introductivam Ulpian. notat, illo quoque tempore extiterit. Sic cum ex ſtatuto loci, mobilia defuncti bona uxori ſuperſtiti, immobilia verò cognatis deberentur, & verò de pecunia, qua maritus prædium emere conſtituerat, & niſi mors ejus propoſitum intervertiſſet, reipſa emiſſet, contentio eſſet, uxori pecuniam hujuſmodi adjudicatam ſcio, eo quod pecu-

Digitized by Google

nia ſine dubio ſit è numero rerum mobilium, quippe cum de loco in locum moveri queat, nec exceptio, ſi ad emptionem rei immobilis ſit deſtinata, quaſi tūnc immobilium naturam induat, jure introducta inveniatur; non attentâ vulgata illa juris maximâ, quod deſtinatum ad rem habeatur pro reipſa cum ex regulis hujuſmodi & ſententiis generaliſſimis jus non ſumatur, nec ex illis leges diſtinguere liceat. Similiter licet regula ſit, quod ſemel placuit amplius diſplicere non debere *l.1.de pact.* inde tamen non efficitur, quo minus teſtamentum ſemel conditum mutari, & aliud condi poſſit. Sic an legatum in teſtamento à patre inter liberos, nullis adhibitis teſtibus condito, uxori teſtatoris relictum, jure valeat, quæritur. Sane legatum in teſtamento inter liberos extraneæ perſonæ relictum non valere juris eſt certi *l. hac conſultiſſima. § ex imperfecto, Cod. de teſtament.* excipiunt plærique caſum, ſi uxori teſtatoris quid ſit relictum, hujuſmodi enim legatum ex eo ſubſiſtere arbitrantur, quia arctiſſima, quæ inter maritum & uxorem intercedit, conjunctio facit, ut duo ſint in carne una, nec proinde uxore pro extra perſona reputari debeat, & quia principali, puta hæredis inſtitutione ſubſiſtente, acceſſorium etiam ſubſiſtat; at male cum ex regulis & ſententiis hujuſmodi jura non ſumantur, ut taceam contra illam exceptionem apertum extare textum *in authent. de teſtament. imperfect. cap.1. § ſi tamen.*

In teſtamento tempore peſtis condito quotnam teſtes requirantur vulgata eſt quæſtio? Regulariter ſeptem teſtes ad teſtamenti validitatem deſiderantur; Excipiunt Dd. communiter teſtamentum tempore peſtis conditum, quia in teſtamento belli tempore in militia condito teſtes duo ſufficiunt, & verò tempus belli & tempus peſtis æquiparentur, cum peſtis tempore militia ſit inter Deum & homines; At cum exceptio illa ſpeciali lege deſtituatur, nec ex argumentis topicis leges diſtinguere liceat, illam utiq; non non admitterem niſi in Camera Imperiali, Geilio & Mynſingero atteſtantibus, admiſſa eſſet. Idem de aliis exceptionibus, & diſtinctionibus juris, lege ſpeciali deſtitutis, judicium eſto. Ex quibus patet,

ter, ex rationibus, ſententiis generaliſſimis, & argumentis topicis, jus non ſumi, adeoque ſupra dictam practicorum theoricam, qua intentionem ſuam fundatam habere dicitur, qui regulam præ ſe habet, in communibus illis ſententiis, juriſque regulis quales continentur ſub tit. *de reg jur.* minimè verificari, nec ad decidendas juris quæſtiones illis uti licere.

Nec quæ in contrarium allata fuerunt, tanti ſunt momenti, ut aliud inde evinci queat.

Quod enim, *primò* ex vi & uſu verbi afferebatur parum ſtringit; ſiquidem regulæ verbum polyſimon eſſe, noverimus, Primò quippe omnis lex & conſtitutio regula appellatur, uti textus eſt *in l. 2 ſed & de ll.* ubi lex definitur regula juſtorum & injuſtorum; Cui concordat *c. 1. cum ſeq. diſtinct.* 3 ſunt enim leges nihil aliud, quàm regulæ actionum humanarum. Deinde per regulam ſignificantur prima juris principia, generaliſſimæ juris ſententiæ, argumenta & rationes topicæ, cujuſmodi eſt, afflicto non eſſe addendam afflictionem, neminem debere locupletari cum alterius damno, Qui ſentit commodum eundem etiam debere incommodum, bonam fidem in contractibus attendendam, vim vi repellere licere, &c.

Priori ſignificatu, quando ſumitur & per regulam ſpecialis cujuſque actionis vel exceptionis definitio ſignificatur, locum habet ſupra dicta practicorum theorica, quod intentionem ſuam fundatam habeat, qui regulam pro ſe habet, & eſt illa potior hujus verbi ſignificatio; minime obſtante, quod quę ſub tit. ult. Digeſt. cōtinentur ſententiæ, vulgato loquendi uſu, regulæ appellantur, quia enim commodius & ſpecialius verbum non competit, generali verbo ſententias hujuſmodi ſignificari placuit, prout & alias uſitate receptum; nec omnis ſynecdoche, dum commune nomen ad ſpeciem cōtrahitur, & generali verba certa ſpecies ſignificatur, præeminentiam in ſe habet, ut ex verbo adoptionis, cognationis, & ſimilibus patet.

Unde & quod *ſecundo* de notatione & Etymo vocis afferebatur, parum obſtabit; ſiquidem quæ ex allata Etymologia vocis opera-

 tio,

tio, & efficacia colligitur, regulisque adſcribitur, non ad quaſvis regulas, ſed priori ſignificatu ſumptas, pertinet, quibus etiam definitio ex Fabro allata proprie convenit, nec ad generales juris ſententias porrigi poterit, cum longè alia regularum hujuſmodi ſit ratio, ac proinde alia etiam definitio, tradita à Paul *in l. 1. de reg. iur.*

Nec omnis regula legi æquipollet, prout *tertio* inferri voluit; omnis ſane lex eſt regula, at non omnis regula lex eſt, ſi legis verbum limitatè pro ſpeciali cujuſque cauſæ determinatione ſumamus.

Et quod ſententiæ hujuſmodi (quod erat *quartum* contrariæ opinionis fundamentum) nō ſimpliciter regulæ vocantur, ſed cum additamento regulæ juris nuncupantur, non eo id fit intuitu, quaſi ad decidendas quæſtiones juris, non minus & illæ pertineant, quam alia juris noſtri capita, ſed quia ſentētiæ hujuſmodi ex jure ſunt collectæ, prout additamenti illius rationem & cauſam reddit Paul. *in d. l. 1 de reg. iur.*

Ex collocatione & ſitu titulorum, quod *quinto* inferebatur non magnæ eſt importantiæ, & refellitur aperte per Paul. *in l. 1 de reg iur.* imo talem vim & utilitatem regulis hujuſmodi ſi compilatores tributam voluiſſent, non ad finem illas rejeciſſent, ſed initio præmiſiſſent; quod cum non fecerint, ſed ad finem rejecerint, eo ipſo indicatum voluerunt, non eandem, cum antecedentibus, illas habere autoritatem, ſed talem, qualem initio *d. l. tit. de reg. iur.* ex Paulo referunt; Nec dici poteſt, eam ob cauſam ad finem illas reſervatas, ut ſignificetur, deficientibus legibus ſpecialibus, ad illas recurrēdum, indeque deciſiones ſumendas; nec enim conjecturam hujuſmodi patiuntur, quæ de vi & autoritate regularum, ex Paulo initio d. titu. referuntur, ex quibus de mente compilatorum aperte conſtat, ut proinde in manifeſtis locus non ſit conjecturis.

Nec tamen ut *ſexto* putabatur omnis planè vis & autoritas regulis hujuſmodi adimitur. Etſi enim actiones, exceptiones, & alia ejus generis argumenta, ex regulis hiſce generaliſſimis non ſumantur, attamen in quæſtionibus facti, & cæteris cauſis ex arbitrio judicis pendentibus præſumptiones & indicia ex illis depromi poſſunt,

puta

Puta ſi dubitetur, An & à quo aliquid factum ſit? Qua mente ſit factum? Quid præſumendum veniat? quibus caſib. cum leges ſpeciales præſcribi nequeant, ex generalib illis jurium regulis judici conjecturam ſumere, ſicque veritatem indagare licet.

Quod *ſeptimo* ratio naturalis vim legis habere dicebatur, falſum planè & erroneum reputamus, pro ut ex ſupra dictis ſatis patet, & apertè demonſtratur exemplo *l.1.de conſtitut.pecun.* ubi ut ex conſtituto detur actio, prætor deſideratur, utcunque naturali æquitati conveniens fuerit, pacta conventa ſervari.

Vnde &. quod *octavo ex c.conſuetudo,§.porrò diſtinct.1.* afferebatur, ſponte corruit; non enim ratione conſiſtit lex, ſed autoritate legislatoris, & conſenſu populi, ſiquidem lex etiam parum rationabilis vim ſuam obtinet *l.proſpexit. qui & à quibus manum.*

Nec quod regulæ legum rationes exiſtant, ad evincendum contariū facit, pro ut inde *nonum* pro contraria ſententia petebatur argumentum; Etſi n. ſecundū traditionem Logicorū, quicquid eſt cauſa cauſæ, etiam ſit cauſa cauſati, eoque intuitu rationes legum, pro cauſis illarum accipiendæ videantur, ſi tamen penitus inſpiciamus, regulam ſeu rationem legis, minimè actionum, & exceptionū, adeoque juris conſtituti cauſam eſſe animadvertemus; ſiquidem ratio per ſe. & abſolutè conſiderata, jus agendi vel excipiendi non cōſtituit, ſed quatenus lege ſpeciali fuit confirmata, ut ita confirmatione leg ſlatoris deficiente, rationes hujuſmodi pro nullis habeantur, quippe efficacia omni deſtitutæ.

Non magis obſtat *decimum* contrariæ ſententiæ fundamentū. Licet enim ex identitate rationis quandoque diſputari, & de uno caſu ad alium inferri ſoleat, id tamen nō quovis caſu, nec cuvis permiſſum eſſe noverimus. Sane quod attinet Imperatorem, & eos, penes quos eſt legum ferendarum poteſtas, illis per rationem unius legis, alteram diſtinguere licere, indubitatum exiſtit; Cui enim jus eſt ferendi leges, ac mutandi, eidem etiam interpretandi & diſtinguendi poteſtas non denegabitur *l.ult.§.cum igitur, C.de ll.* At non eadem judici & interpretibus permiſſa eſt licentia, ut ex ratione unius le-

gis, aliam quæ ſimpliciter loquitur diſtinguere liceat, ſed obtinebit ibi vulgatum illud, quod ubi lex non diſtinguit, ibi nec nos diſtinguere debeamus, prout rectè animadvertit Nicol. Vigel *in Dialect. juris loco, à ratione legis vel alterius diſpoſitionis pagin. 318 per textum in l. 11. ff. de præſcript. verb. ibi ſuppleat prætor, cum conc. ſi vero, 64. §. de viro ſolut. matrimon. l. 2. §. ſed quia, § ſi quid, C. de vet. jur. enucl* paucis caſibus exceptis quos refert Vigel. *d. loc pag 32. et ſeq* puta ſi evidens æquitas, quæ nullam dubitationem admittat, diſtinctionem ſuaſerit *l. 143. de regul. jur.* ſi id quod minus licere videtur, propter rationem aliquam lege ſit permiſſum, vel ſtatutum, tunc enim alia lex in caſu, quo magis licere videtur, ex identitate rationis diſtingui poteſt, *l. nec in ea 22. § ſed quia ff ad leg. Jul. de adult.* ſi lex altera, quæ diſtinguitur, judici permiſerit cauſæ cognitionem, tunc enim Judex, causâ cognitâ, pro ſuo arbitrio eam legem, quæ nihil certi definit, ſed cauſam ipſius arbitrio permiſit, ex ratione alterius legis diſtinguere poteſt; Item ſi cauſa diſtinctionis ſit favorabilis, nam & tunc admitti poteſt diſtinctio, ex ratione alterius legis *l. cætera 41. § ſed etſi, de leg. 1.* ubi cum legari prohibita eſſent ea, quæ ædibus juncta ſunt, Paulus diſtinguit hoc modo, niſi ad opus Reipublicæ faciendum ſint legata, idque à caſu ſimili, nam ait, Imperatorem ſeverum conſtituiſſe eos, qui Reipublicæ ad opus promiſerunt, poſſe quid detrahere ex ædibus ſuis, eoque ad id opus uti. I. ſi denique in uno relativorum, quid ſit cautum, vel ſtatutum, cujus ratio in altero quoque ſit eadem, tunc enim lex alterius correlativa, per eandem rationem diſtingui poteſt, *leg. non debet, 41 de regula juris, l. g. 21. §. unde eleganter, de arbitr.*

Quod *undecimo* de æquitate ejuſque autoritate affertur, verum eſt, ſi evidens ſit æquitas, ita ut nullam dubitationem in contrarium admittat, prout contingit in exemplis adductis atque neque per ſe evidens, neque ſcripta eſt, ſed argumentis colligitur, de qua adhuc dubitari poſſit, attendenda non eſt, pro

ut plu-

ut pluribus exponit Vigel. *in Dialect. jur. libro 2. titul. de theſi diſputanda pag. 424. cum ſequ. Ad l. 2. de offic. adſeſſ.*

Duodecimo allata reſponſio ſic ſumitur ex ipſo textu, quod enim Marcianus ait, infames aſſeſſores eſſe non poſſe, utcunq; edicto prætoris non prohibeantur, ejus rationem non deſumpſit ex vulgatis illis ſententiis, ſed quia ita conſtitutum ſit, ut habent verba textus.

Non major eſt difficultas circa *ultimum* nobis oppoſitum argumentum; quando enim judici cauſæ cognitio apertè permiſſa eſt, utique poteſt pro ſuo arbitrio eam legem, quæ nihil certi definit, ex alia lege vel probabili aliqua ratione diſtinguere, & ex regulis juris, de quibus agimus, animi ſui motum informare, per ea quæ diximus ſupra circa argumenti ſexti refutationem, ubi quæ dicta ſunt, hîc repetita volumus.

Atque ita evicimus ex regulis & ſententiis generaliſſimis, quales continentur ſub titulo *de regul. juris.* jus non ſumi, adeoque in illis, ſupra dictam practicorum Theoricam quâ intentionem ſuam fundatam habere, dicitur, qui regulam pro ſe habet, minimé verificari, nec ad decidendas juris quæſtionis illis uti licere; alioquin enim neque certum neque finitum jus eſſet poſſet, *contra l. 2. de jur. & fact. ign.* quippe cum nulla lex tam firma eſſet, quæ non aliqua ratione infirmari, vel diſtinctione mitigari poſſet.

DECISIO

DECISIO TERTIA.

Si Iudex aliud fieri vidit, vel præſens audivit, aliud verè vel nihil planè ſit probatum, Num ſuam potius ſcientiam ſequi, An verò ſecundum Acta & probata judicare debeat.

QVODNAM & quale ſit Judicis officium, quidque ipſi incumbat, ſi in jure ſtatus cauſæ conſiſtat, & in juris quæſtionem litigantium diſceptatio deveniat diximus ſupra deciſione prima. Illud in primis obſervare debet Judex, ne aliter judicet quam legibus, cõſtitutionibus aut moribus proditum eſt, inquit Imperator. *Iuſtin. in princ. Inſtit. de offic. iudic.* id quod Div. Ambroſiius jam olim etiam judicem monuit ut refertur *in c. iudicet, cauſ. 3. q. 7.* Bonus, inquit Judex nihil ex arbitrio ſuo facit, ſed juxta leges & jura pronunciat, ſtatutis juris obtemperat, non indulget propriæ voluntati. Idem in ſpecie, in ordinat. Cameræ Imperial. *part. 1. tit. 13* judicet aſſeſſoribus Cameræ præſcriptum, ne ſcilicet ex proprio nudoque arbitrio & privata ſua conſcientia, ſed ex legibus conſtitutionibus publicis, & probatis conſuetudinibus jus dicant. Videamus quodnam & quale judicis officium eſſe debeat ſi in facto ſtatus cauſæ conſiſtit. Facti quæſtio in arbitrio eſt judicantis, inquit Jureconſultus Papin. *in l. 15. ff. ad municipal.* quam eandem judicandi regulam repetitam & & exemplis declaratam habemus *in l. 1. §. 4 ff. ad Senatuſc. Turpillian. l. 79 §. 1. ff de iudic. l. 3 in princ. § 1. 2 & 3. de teſtib. l. 21. in fin. eod. l. 61. §. 1 ff. de obligat. & actionib.*

Non tamen ex nudo meroque ſuo arbitrio judici judicare, & quæſtionem facti determinare licet, ſed ex argumentis & teſtimoniis quæ rei aptiora & vero proximiora eſſe compererit, animi ſui motum confirmabit, prout ipſi præſcriptum legimus *in fin. d. l. 21. de teſtib.* Exemplum extat *in l. 5. § 6 ff. de re milit. & in l. 1. § 3 ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* Et hoc eſt, quod vulgo dici ſolet judicem ſecundum Acta & probata judicare debere. Quid verò ſi aliud judici ſit notum, An non ſuam potius ſcientiam, quã Acta & probata ſequi poterit?

Pone,

Pone, cauſam à litigantibus in judicium eſſe deductam probationes ab Actore habitas, productas, publicatas, at judicem certò ſcire, aliter ſe rem habere, probationes falſas exiſtere, nunquid contra habitas probationes ſecundum ſuam conſcientiam & notitiam Judex judicare poterit? Pone ſimiliter alterutrum litigantium bonam juſtamq; fovere cauſam, at probationem ipſi deeſſe, judici verò de veritate facti conſtare, ut puta commiſit quis homicidiũ prope ædes judicis, Judex caſu ex feneſtra conſpiciens homicidium fieri vidit autorem cædis benè novit; re in judicium deductâ Reus negat factum, Accuſatores probatione deſtituuntur, nec teſtibus convinci poterit Accuſatus, cum nemo interfuerit viderit que præter judicem caſu ex feneſtra, qui deſpexit ſua; Reum fidiculis extorquendæ confeſſionis cauſa, ſubjici, accuſator petit; deſunt inditia ad torturam neceſſaria; numquid verò defectum probationis ex ſua ſcientia Judex ſupplere poterit? Non convenit inter interpretes. Diſputatum ea de re fuit jam olim inter antiquos gloſſatores Martinum & Johannem: Diſputatur adhuc hodie tum inter theoricos in ſcholis, tum verò maximè inter practicos in foro & judicio.

Judicem ſecundum ea potius quæ ſcit, quàm quæ in judicio allegata & probata fuerunt, atque ita ſecundum conſcientiam, nõ verò ſecundum Acta & probata judicare debere, primus docuit Martinus, gloſſator antiquus; hunc inter alios ſecuti fuerunt Vaſq. *illuſtr. controverſ. 14.* Oldendorp. *in tract. de jur & æquitate aſſert. ſecun.* Corraſ. *ad l. 6. §. 1. numer. 3. ff. de offic. præſid. & 4. miſcellan. 20.* Hottoman. *illuſtr. quæſt.* 27. Arum. *diſputat. pandect. prima theſi 23.* & plures alii.

Moventur *primo* quod Judex ſit & debeat eſſe vir bonus *juxt. l. 4. §. 1 ff famil. herciſc.* à viro autem bono nihil magis alienum eſſe debeat, quàm contra conſcientiam quid agere.

Adducunt deinde *l. 2. C. ſi cont. jus vel utilitat. publ.* ubi judici injungitur, ut pro tenore veritatis, non attentâ ſupplicantis allegatione cognoſcat, & ſecundum hoc de cauſa propoſita ſentẽtiam ferat.

Idem *tertio* evinci poſſe putant *ex l 6. §. veri[illegible] ff. de offic. præſid.* ubi cum dicatur, quod veritas, rerum geſtarum erroribus, non vitietur inde inferunt, veritatem c[illegible]is judici attendendam, non attento eo, quod falſo vel per errorem actum & probatum fuit.

Quarto iniquum & abſurdum eſſe judicant, judicem à propriæ conſcientiæ dictamine ad allegata & probata remittere, quia eo ipſo a via veritatis ad mendaciũ abduceretur; dum enim quæritur. An Judex ſecundum conſcientiam, An vero ſecundum Acta & probata judicare debeat, in effectu & [illegible] hoc quæri, utrum ſecũdum veritatem, An potius mendacium judicari debeat? [illegible] craſſi ſpiritus foret, quin omiſſo mendacio viam veritatis ingrederetur; jam vero nõ tàm quid verbis, quàm quid ſenſu expreſſum e[illegible] inſpiciendum eſſe, *[illegible] cum ſimil.*

Quinto inducta ad [illegible], non debent con[illegible] ejus operari, juxta vulgatam juris regulam tr[illegible] *l.6. C. eod. l. 19. C. de fid[illegible]um. c. 61 de reg. jur. in 6.* At[illegible] Actorum [illegible]ſervatio in eum, *inquiunt*, inducta eſt [illegible] de veritate *l. 3 ff de teſtib. l. 4. C. eod. l. jud[illegible] de judic. l. 2. C. de [illegible]d.* Quare ad opprimendam & tegendam [illegible]tem uſurpari non debent, id quod fieret, ſi falſa Acta contra conſcientiam arripiamus, & ex iis ſententiam feramus.

Sexto [illegible] mediis repugnantibus finis unus eſt inſpiciendus ſi adſit juxta quẽ judicemus. *l [illegible]* Atqui finis Actorum & habitarum probationum eſt, ut veritas [illegible]. Spretis igitur *inquiunt* Actis, quæ ſunt media ad veritatem eruendam deſtinata, pro veritate quam habemus pronunciare debebimus, quando enim de fine conſtat, de mediis non debemus eſſe ſolliciti, & quando finis habetur ceſſant deſtinata ad finem *arg. §. [illegible] Inſtitut. de ſuſpect. tutorib.*

Septimo multum urgent, quod probationes ſint arbitrariæ & pendeant ab arbitrio judicis, *juxt. l. 3. §. 1. cum ſequ. ff de teſtib. [illegible]*

deq;

deq; inferunt, quod Judex ad Acta & probata non ſit alligatus, ſed ex arbitrio & conſcientia ſua judicare poſſit, Gothofred. *in notis ad d. l.3. §. 2. lit. C.*

Cui *octavo* ſuffragatur, quod hinc inde Judex ſecundum ſuam relligionem, animi ſententiam, & ſecundum id, quod ipſi viſum fuerit judicare jubetur, text. *in l. 79 ff. de iudic. l. 3. l. 13. de teſtibus. leg. 1. §. 4. ad Turpill. leg. 15. ad municipal.* quo ipſo ſatis, *inquiunt*, oſtenditur, conſcientiam arte boni & æqui inſtructam judici ſequendam eſſe.

Nono judici, *inquiunt*, probandum eſt, non adverſario, cui nunquam ſatisfieret *l. 12. in fin. de probationib.* Atqui ſi dicamus judicem non debere conſcientiam ſequi, ſed ad ſola Acta reſpicere, in effectu nihil aliud dici videtur, quàm judici non eſſe probandam veritatem, ſed ſatis eſſe, falſum defendiſſe.

Decimo ſcientia veri, *inquiunt* omnium optima eſt probatio, & omnem probandi modum ſuperat ocularis rerum geſtarum inſpectio *l. 32 ff. de minorib.* Quare in cognoſcendo & judicando Judex id quod novit verum eſſe, vel vidit fieri, ſequetur, non attento, quid probatum ſit vel non ſit.

Undecimò eodem facere videtur *l. 8. §. 1. ff. fin. regund.* ubi cum ad officium judicantis pertinere dicatur, fines agri de quibus contenditur intueri & oculis ſuis ſubjicere, atque ita ſecundum id, quod veniens in rem præſentem comperit, judicare, inde innui videtur propriam potius ſcientiam, quàm aliorum relationem judici attendendam eſſe.

Ad idem comprobandum *duodecimo* conducere putant *l. unic. Cod. ut quæ deſunt advoc. part. iud ſuppl.* ubi cum Imperatores Diocletian. & Maximian. judicem jubeant, ſi quid à litigatoribus vel eorum Advocatis minus fuerit dictum, id ſupplere & proferre quod ſciat legibus & juri publico convenire, inde ſequi videtur, judicem etiam extra probata ex animi ſui ſententia, & propria notitia judicare poſſe.

Decimotertio afferunt *l. 1. Codic. plus val. quod ag. quàm quod*

T· potius oſtenditur; prout etiam legem il-
nib. Maſcard. *de probationib. concl.* opinione primo loco adduximus.
l.4.C.de edend. Pet. Coſtal *ad l.6.§.* vndum Acta & probata potius ju-
muniter Canoniſtæ *ad cap. Paſtoralis* z. conſcientiam, à via verita-
delegat. prout in *quarto* contra-

Primum ſententiæ hujus fundamentum ſit, cum illa demum *ritas.de offic.præſid.* ubi præſes provinciæ fidem eorualiis modis probuntur ſequi jubetur; quod utique taxativè exaudiri debit; immò ſi contraria judicis ſcientia excludatur. ermitta-

Deinde jura noſtra non patiuntur, ut unus idemque ſim frau- teſtis & judicis officio fungatur, prout textus eſt expreſſus *in c.1 cum ſeq.cauſ.4.qu.4.* quod utique fieret, ſi deficientibus probationibus, vel præteritis his, quæ in judicio producta ſunt, judici ſecundum ea quæ ſcit judicare permittatur.

Tertiò certa eſt juris noſtri regula, quod deficiente probatione ſuccumbat is, cui probandi onus incubuit, & adverſarius obtineat, tradita *in l.4.C.de edend. l.2.C.de probationib.l.9.C.de except.l.9.C.de obligat.& actionib.* Ejus verò exceptio, Niſi judex id de quo quæritur ſuis oculis viderit, vel rē ita ſe habere ſciverit, nulla lege fundatur, ſed à Doctoribus communiter reprobatur, teſte Kirchovio *4.concl.69.* Claro *lib.5 ſent ent. § fin. q.8.verſ.ult.& q.66.n.2.* atqui tralatitium eſt, quod ſtandum ſit regulæ donec exceptio doceatur.

Quartò pro communi, quam ſequimur opinione, apertus eſt textus *in c.paſtoralis, §. quia vero. de offic. delegat.* ubi ordinarius ad mandatum delegati, ſententiam à delegato latam exequi jubetur etſi ſciat eam injuſtam eſſe, quod utique ipſi injungi non debuiſſet, ſi conſcientiarum relligio attendenda foret.

Quinto textus eſt *in cap ſæpe §.ſententiam, lib.5. clementinar.tit.11.* ubi Judex ſententiam ferre jubetur, pro ut ex petitione, probatione, & Actitatis conſtiterit.

Sexto clarius pro hac ſententia extat textus *in cap. ultim. cauſ. 15. quæſt.5.* ubi ut Presbyter officio ſuo privetur, requiritur, ut ſcelus ſponte ſit confeſſus, vel convictus, nec ſufficit Epiſcopo ſcelus notum eſſe.

tio, & efficacia colligitur, regulisque adſcribitur, non ad quaſvis regulas, ſed priori ſignificatu ſumptas, pertinet, quibus etiam definitio ex Fabro allata proprie convenit, nec ad generales juris ſententias porrigi poterit, cum longè alia regularum hujuſmodi ſit ratio, ac proinde alia etiam definitio, tradita à Paulo *in l. 1. de reg. iur.*

Nec omnis regula legi æquipollet, prout *tertio* inferri voluit; omnis ſane lex eſt regula, at non omnis regula lex eſt, ſi legis verbum limitatè pro ſpeciali cujuſque cauſæ determinatione ſumamus.

Et quod ſententiæ hujuſmodi (quod erat *quartum* contrariæ opinionis fundamentum) nō ſimpliciter regulæ vocantur, ſed cum additamento regulæ juris nuncupantur, non eo id fit intuitu, quaſi ad decidendas quæſtiones juris, non minus & illæ pertineant, quam alia juris noſtri capita, ſed quia ſentētiæ hujuſmodi ex jure ſunt collectæ, prout additamenti illius rationem & cauſam reddit Paul. *in d. l. 1 de reg. iur.*

Ex collocatione & ſitu titulorum, quod *quinto* inferebatur non magnæ eſt importantiæ, & refellitur aperte per Paul. *in l. 1 de reg iur.* imo talem vim & utilitatem regulis hujuſmodi ſi compilatores tributam voluiſſent, non ad finem illas rejeciſſent, ſed initio præmiſiſſent; quod cum non fecerint, ſed ad finem rejecerint, eo ipſo indicatum voluerunt, non eandem, cum antecedentibus, illas habere autoritatem, ſed talem, qualem initio *d. tit. de reg. iur.* ex Paulo referunt. Nec dici poteſt, eam ob cauſam ad finem illas reſervatas, ut ſignificetur, deficientibus legibus ſpecialibus, ad illas recurrēdum, indeque deciſiones ſumendas; nec enim conjecturam hujuſmodi patiuntur, quæ de vi & autoritate regularum, ex Paulo initio d. titu. referuntur, ex quibus de mente compilatorum apertè conſtat, ut proinde in manifeſtis locus non ſit conjecturis.

Nec tamen ut *ſexto* putabatur omnis planè vis & autoritas regulis hujuſmodi adimitur. Etſi enim actiones, exceptiones, & alia ejus generis argumenta, ex regulis hiſce generaliſſimis non ſumantur, attamen in quæſtionibus facti, & cæteris cauſis ex arbitrio judicis pendentibus præſumptiones & indicia ex illis depromi poſſunt,

puta

Puta ſi dubitetur, An & à quo aliquid factum ſit? Qua mente ſit factum? Quid præſumendum veniat? quibus caſib. cum leges ſpeciales præſcribi nequeant, ex generalib illis jurium regulis judici conjecturam ſumere, ſicque veritatem indagare licet.

Quod *ſeptimo* ratio naturalis vim legis habere dicebatur, falſum planè & erroneum reputamus, pro ut ex ſupra dictis ſatis patet, & apertè demonſtratur exemplo *l.1.de conſtitut.pecun.* ubi ut ex conſtituto detur actio, prætor deſideratur, utcunque naturali æquitati conveniens fuerit, pacta conventa ſervari.

Vnde &. quod *octavo ex c. conſuetudo, §. porrò diſtinct.1.* afferebatur, ſponte corruit; non enim ratione conſiſtit lex, ſed autoritate legislatoris, & conſenſu populi, ſiquidem lex etiam parum rationabilis vim ſuam obtinet *l. proſpexit. qui & à quibus manum.*

Nec quod regulæ legum rationes exiſtant, ad evincendum contariū facit, pro ut inde *nonum* pro contraria ſententia petebatur argumentum; Etſi n. ſecundū traditionem Logicorū, quicquid eſt cauſa cauſæ, etiam ſit cauſa cauſati, eoque intuitu rationes legum, pro cauſis illarum accipiendæ videantur, ſi tamen penitus inſpiciamus, regulam ſeu rationem legis, minimè actionum, & exceptionū, adeoque juris conſtituti cauſam eſſe animadvertemus; ſiquidem ratio per ſe. & abſolutè conſiderata, jus agendi vel excipiendi non cōſtituit, ſed quatenus lege ſpeciali fuit confirmata, ut ita confirmatione leg ſlatoris deficiente, rationes hujuſmodi pro nullis habeantur, quippè efficacia omni deſtitutæ.

Non magis obſtat *decimum* contrariæ ſententiæ fundamentū. Licet enim ex identitate rationis quandoque diſputari, & de uno caſu ad alium inferri ſoleat, id tamen nō quovis caſu, nec cuvis permiſſum eſſe noverimus. Sane quod attinet Imperatorem, & eos, penes quos eſt legum ferendarum poteſtas, illis per rationem unius legis, alteram diſtinguere licere, indubitatum exiſtit; Cui enim jus eſt ferendi leges, ac mutandi, eidem etiam interpretandi & diſtinguendi poteſtas non denegabitur *l.ult.§.cum igitur, C.de ll.* At non eadem judici & interpretibus permiſſa eſt licentia, ut ex ratione unius le-

gis, aliam quæ ſimpliciter loquitur diſtinguere liceat, ſed obtinebit ibi vulgatum illud, quod ubi lex non diſtinguit, ibi nec nos diſtinguere debeamus, prout rectè animadvertit Nicol. Vigel. *in Dialect. juris loco, à ratione legis vel alterius diſpoſitionis pagin. 318. per textum in l. 11. ff. de præſcript. verb. ibi ſuppleat prætor. [illegible] ſi vero, 64. §. de viro ſolut. matrimon. l. 2. §. ſed quia, § ſi quid, C. de vet. jur. enucl.* paucis caſibus exceptis quos refert Vigel. *d. loc. pag. 320. eum ſeq.* puta ſi evidens æquitas, quæ nullam dubitationem admittat, diſtinctionem ſuaſerit *l. 143. de regul. jur.* ſi id quod minus licere videtur, propter rationem aliquam lege ſit permiſſum, vel ſtatutum, tunc enim alia lex in caſu, quo magis licere videtur, ex identitate rationis diſtingui poteſt, *l. nec in ea 22. § ſed quia ff. ad leg. Jul. de adult.* ſi lex altera, quæ diſtinguitur, judici permiſerit cauſæ cognitionem, tunc enim Judex, causâ cognitâ, pro ſuo arbitrio eam legem, quæ nihil certi definit, ſed cauſam ipſius arbitrio permiſit, ex ratione alterius legis diſtinguere poteſt; Item ſi cauſa diſtinctionis ſit favorabilis, nam & tunc admitti poteſt diſtinctio, ex ratione alterius legis *l. cætera 41 § [illegible] de leg. 1.* ubi cum vetari prohibita eſſe ne ea, quæ ædibus juncta ſunt, Paulus diſtinguit hoc modo, niſi ad opus Reipublicæ faciendum ſint legata, idque à caſu ſimili, nam ait, Imperatorem ſeverum conſtituiſſe eos, qui Reipublicæ ad opus promiſerunt, poſſe quid detrahere ex ædibus ſuis, eoque ad id opus uti. 1. ſi denique in uno relativorum, quid ſit cautum, vel ſtatutum, cujus ratio in altero quoque ſit eadem, tunc enim lex alterius correlativa, per eandem rationem diſtingui poteſt, *leg. non debet, 41. de regula juris, leg. 21. §. unde eleganter, de arbitr.*

Quod *undecimo* de æquitate ejuſque autoritate affertur, verum eſt, ſi evidens ſit æquitas, ita ut nullam dubitationem in contrarium admittat, prout contingit in exemplis adductis atque neque per ſe evidens, neque ſcripta eſt, ſed argumentis colligitur, de qua adhuc dubitari poſſit, attendenda non eſt, prout plu-

ut pluribus exponit Vigel. *in Dialect. jur. libro 2. titul. de theſi diſputanda pag. 424. cum ſequ. Ad l. 2. de offic. adſeſſ.*

Duodecimo allata reſponſio ſic ſumitur ex ipſo textu, quod enim Marcianus ait, infames aſſeſſores eſſe non poſſe, utcunq; edicto prætoris non prohibeantur, ejus rationem non deſumpſit ex vulgatis illis ſententiis, ſed quia ita conſtitutum ſit, ut habent verba textus.

Non major eſt difficultas circa *ultimum* nobis oppoſitum argumentum; quando enim judici cauſæ cognitio apertè permiſſa eſt, utique poteſt pro ſuo arbitrio eam legem, quæ nihil certi definit, ex alia lege vel probabili aliqua ratione diſtinguere, & ex regulis juris, de quibus agimus, animi ſui motum informare, per ea quæ diximus ſupra circa argumenti ſexti refutationem, ubi quæ dicta ſunt, hûc repetita volumus.

Atque ita evicimus ex regulis & ſententiis generaliſſimis, quales continentur ſub titulo *de regul. juris.* jus non ſumi, adeoque in illis, ſupra dictam practicorum Theoricam quâ intentionem ſuam fundatam habere, dicitur, qui regulam pro ſe habet, minimé verificari, nec ad decidendas juris quæſtionis illis uti licere; alioquin enim neque certum neque finitum jus eſſet poſſet, *contra l. 2. de jur. & fact. ign.* quippe cum nulla lex tam firma eſſet, quæ non aliqua ratione infirmari, vel diſtinctione mitigari poſſet.

DECISIO

DECISIO TERTIA.

Si Iudex aliud fieri vidit, vel præſens audivit aliud verè vel nihil planè ſit probatum, Num ſuam potius ſcientiam ſequi, An verò ſecundum Acta & probata judicare debeat.

QVODNAM & quale ſit Judicis officium, quidque ipſi incumbat, ſi in jure ſtatus cauſæ conſiſtat, & in juris quæſtionem litigantium diſceptatio deveniat diximus ſupra deciſione prima. Illud in primis obſervare debet Judex, ne aliter judicet quam legibus, cõſtitutionibus aut moribus proditum eſt, inquit Imperator Juſtin. *in princ. Inſtit de offic. iudic.* id quod Div. Ambroſius jam olim etiam judicem monuit ut refertur *in c. iudicet, cauſ. 3. q 7.* Bonus, inquit, Judex nihil ex arbitrio ſuo facit, ſed juxta leges & jura pronunciat, ſtatutis juris obtemperat, non indulget propriæ voluntati. Idem in ſpecie, in ordinat. Cameræ Imperial. *part. 1. tit. 13* judicet aſſeſſoribus Cameræ præſcriptum, ne ſcilicet ex proprio nudoque arbitrio & privata ſua conſcientia, ſed ex legibus conſtitutionibus publicis, & probatis conſuetudinibus jus dicant. Videamus quodnam & quale judicis officium eſſe debeat ſi in facto ſtatus cauſæ conſiſtit. Facti quæſtio in arbitrio eſt judicantis, inquit Jureconſultus Papin. *in l. 15. ff. ad municipal.* quam eandem judicandi regulam repetitam & & exemplis declaratam habemus *in l. 1. § 4 ff. ad Senatuſc. Turpillian. l. 79 § 1. ff de iudic l. 3 in princ § 1. 2. & 3. de teſtib. l. 21. in fin. eod. l. 61. §. 1 ff. de obligat. & actionib.*

Non tamen ex nudo meroque ſuo arbitrio judici judicare, & quæſtionem facti determinare licet, ſed ex argumentis & teſtimoniis quæ rei aptiora & vero proximiora eſſe comperecit, animi ſui motum confirmabit, prout ipſi præſcriptum legimus *in fin. d. l. 21. de teſtib.* Exemplum extat *in l. 5. §. 6. ff. de re milit. & in l. 1. § 3 ff. ad leg. Cornel. de Sicar.* Et hoc eſt, quod vulgo dici ſolet judicem ſecundum Acta & probata, judicare debere. Quid verò ſi aliud judici ſit notum, An non ſuam potius ſcientiam, quã Acta & probata ſequi poterit?

Pone,

Pone, cauſam à litigantibus in judicium eſſe deductam probationes ab Actore habitas, productas, publicatas, at judicem certò ſcire, aliter ſe rem habere, probationes falſas exiſtere, nunquid contra habitas probationes ſecundum ſuam conſcientiam & notitiam Judex judicare poterit? Pone ſimiliter alterutrum litigantium bonam juſtamq; fovere cauſam, at probationem ipſi deeſſe, judici verò de veritate facti conſtare, ut puta commiſit quis homicidiũ prope ædes judicis, Judex caſu ex feneſtra conſpiciens homicidium fieri vidit autorem cædis benè novit; re in judicium deductâ Reus negat factum, Accuſatores probatione deſtituuntur, nec teſtibus convinci poterit Accuſatus, cum nemo interfuerit viderítque præter judicem caſu ex feneſtra, qui deſpexit ſua; Reum fidiculis extorquendæ confeſſionis cauſa, ſubjici, accuſator petit; deſunt inditia ad torturam neceſſaria; numquid verò defectum probationis ex ſua ſcientia Judex ſupplere poterit? Non convenit inter interpretes. Diſputatum ea de re fuit jam olim inter antiquos gloſſatores Martinum & Johannem: Diſputatur adhuc hodie tum inter theoricos in ſcholis, tum verò maximè inter practicos in foro & judicio.

Judicem ſecundum ea potius quæ ſcit, quàm quæ in judicio allegata & probata fuerunt, atque ita ſecundum conſcientiam, nõ verò ſecundum Acta & probata judicare debere, primus docuit Martinus, gloſſator antiquus; hunc inter alios ſecuti fuerunt Vaſq. *illuſtr. controverſ* 14. Oldendorp. *in tract. de jur & æquitate aſſert. ſecun. Corraſ. ad l. 6. §. 1. numer. 3. ff. de offic. præſid. & 4. miſcellan.* 20. Hottoman. *illuſtr. quæſt.* 27. Arum. *diſputat. pandect. prima theſi* 23. & plures alii.

Moventur *primo* quod Judex ſit & debeat eſſe vir bonus *juxt. l. 4. §. 1 ff famil. hercisc.* à viro autem bono nihil magis alienum eſſe debeat, quàm contra conſcientiam quid agere.

Adducunt deinde *l. 2. C. ſi cont. jus vel utilitat. publ.* ubi judici injungitur, ut pro tenore veritatis, non attentâ ſupplicantis allegatione cognoſcat, & ſecundum hoc de cauſa propoſita ſentẽtiam ferat.

[illegible] evinci poſſe putant ex l. 6. § *veritas ff. de offic. præſid.* ubi cum dicatur, quod veritas [illegible] rerum geſtarum erroribus, non [illegible] inde inferunt, veritatem cumprimis judici attendendam, non attento eo, quod falſo vel per errorem actum & probatum fuit.

Quarto iniquum & abſurdum eſſe judicant, judicem à propriæ conſcientiæ dictamine ad allegata & probata remittere, quia eo ipſo a via veritatis ad mendacium adduceretur; dum enim quæritur, An Judex ſecundum conſcientiam, An vero ſecundum Acta & probata judicare debeat, in effectu [illegible] quæri, utrum ſecundum veritatem, An potius mendacium judicari debeat? [illegible] craſſi ſpiritus foret, quin omiſſo mendacio viam veritatis ingrederetur; jam vero nõ tam quid verbis, quam quid ſenſu expreſſum eſt, inſpiciendum eſſe, *juxt. l. [illegible] de verb. [illegible] cum ſimil.*

Quinto induſtria ad unum effectum, non debent contrarium ejus operari, juxta vulgatam juris regulam traditam *in l. [illegible] ff. de leg. [illegible] l. [illegible] C. eod. l. [illegible] C. [illegible] c. [illegible] de reg. jur. in 6.* Atqui Actorum obſervatio in [illegible], in dubio eſt finem [illegible] *3 ff. de teſtib. l. 4. C. eod. l. judicium C. de judic. l. [illegible]* Quare id opprimendam & tegendam veritatem uſurpari non debent, id quod fieret, ſi falſa Acta contra conſcientiam [illegible] & ex iis ſententiam feramus.

Sexto ſpretis mediis [illegible] finis unus eſt inſpiciendus, ſi adſit, juxta [illegible] *ipatum 7. in fi ff. de ſenatorib.* Atqui finis Actorum & [illegible] probationum eſt, ut veritas innoteſcat. Spretis igitur [illegible] *Actis*, quæ ſunt media ad veritatem eruendam deſtinata, pro veritate quam habemus pronunciare debebimus: quando enim de fine conſtat, de mediis non debemus eſſe ſolliciti, & quando finis habetur ceſſant deſtinata ad finem *arg. §. ſed [illegible] eſt. Inſtitut. de ſuſpect. tutorib.*

Septimo multum urgent, quod probationes ſint arbitrariæ & pendeant ab arbitrio judicis, *iuxt. l. 3. §. 1. cum ſeqq. ff. de teſtib.* [illegible]

deq;

doq; inferunt, quod Judex ad Acta & probata non ſit alligatus, ſed ex arbitrio & conſcientia ſua judicare poſſit, Gothofred. *in notis ad d. l.3.§.2.lit.C.*

Cui *octavò* ſuffragatur, quod hinc inde Judex ſecundum ſuam relligionem, animi ſententiam, & ſecundum id, quod ipſi viſum fuerit judicare jubetur, *text. in l.79 ff. de iudic. l.3. l.13. de teſtibus. leg.1. §.4. ad Turpill. leg. 15. ad municipal.* quo ipſo ſatis, *inquiunt*, oſtenditur, conſcientiam arte boni & æqui inſtructam judici ſequendam eſſe.

Nonò judici, *inquiunt*, probandum eſt, non adverſario, cui nunquam ſatisfieret *l.12. in fin. de probationib.* Atqui ſi dicamus judicem non debere conſcientiam ſequi, ſed ad ſola Acta reſpicere, in effectu nihil aliud dici videtur, quàm judici non eſſe probandam veritatem, ſed ſatis eſſe, falſum defendiſſe.

Decimo ſcientia veri, *inquiunt* omnium optima eſt probatio, & omnem probandi modum ſuperat ocularis rerum geſtarum inſpectio *l.32 ff. de minorib.* Quare in cognoſcendo & judicando Judex id quod novit verum eſſe, vel vidit fieri, ſequetur, non attento, quid probatum ſit vel non ſit.

Undecimò eodem facere videtur *l.8. §.1. ff. fin. regund.* ubi cum ad officium judicantis pertinere dicatur, fines agri de quibus contenditur intueri & oculis ſuis ſubjicere, atque ita ſecundum id, quod veniens in rem præſentem comperit, judicare, inde innui videtur propriam potius ſcientiam, quàm aliorum relationem judici attendendam eſſe.

Ad idem comprobandum *duodecimo* conducere putant *l. unic. Cod. ut quæ deſunt advoc. part. iud ſuppl.* ubi cum Imperatores Diocletian. & Maximian. judicem jubeant, ſi quid à litigatoribus vel eorum Advocatis minus fuerit dictum, id ſupplere & proferre quod ſciat legibus & juri publico convenire, inde ſequi videtur, judicem etiam extra probata ex animi ſui ſententia, & propria notitia judicare poſſe.

Decimotertio afferunt *l. 1. Codic. plus val. quod ag. quàm quod*

ſimulat.concip. ubi regula traditur, quod in contractibus veritas potius, quàm ſcriptura attendi debeat; idem conſequenter de probatione, quæ fit per teſtes, judicandum, cum inſtrumenta & teſtes ad paria judicentur.

Decimoquarto prætendunt, ſine peccato transgreſſione, & offensâ præcepti, De non dicendo falſum teſtimonium judici injungi non poſſe, ut neglectâ ſuâ conſcientiâ judicet, eo quod in diffidentiam & deſperationem hoc modo impellatur, ac falſum committere jubeatur, quippe cum non is ſolum falſum teſtimonium dicat, qui veritati contrarium profert, ſed & qui quæ novit & ſentit, in fraudem & detrimentum proximi tacet ac ſilentio involvit.

Moventur denique exemplis ſapientiſſimorum judicum; pro ut in ſpecie eam ad rem adducunt notum illud Salomonis inter duas mulierculas de infante contendentes judicantis, deſcriptum *lib. 3. Reg. c. 3.* ubi χεινόμενον & ſtatus cauſæ in eo conſiſtebat, utrum infans vivus ad Actricem, An ad Ream mulierem pertineret? haud dubie Actrici probatio incubuit, quippe infantem vivum vindicanti & ſuum afferenti; at licet nihil probarit, nec probare potuerit, nihilo tamen minus Rex infantem ei adjudicavit, excogitato conſilio, quo veritatem deprehenderet, & quod deerat Actrici ſuppleret; multo magis ita judicaturus de veritate Dei ex propria ſcientia propius & certius ſi conſtitiſſet.

Hæc ſunt quæ pro Martini ſententia afferri ſolent ac poſſunt.

At iis non attentis, contrariam ſententiam, quod nimirum Judex, ſecundum ea quæ allegantur & probantur in judicio, non verò ſecundum ea, quæ ſcit, ut privatus, judicare debeat, tutiorem & de jure veriorem putamus.

Atque ita primus docuit Johannes gloſſator antiquus, hunc Doctores communiter ſecuti fuerunt, pro ut illam communem dicunt & ſequuntur Jul. Clar. *libr. 5. ſentent. §. fin. quæſt. 8. verſ. ult. & qu. 66. num. 2.* Covarruv. *lib. 1. variar. reſolution. cap. 1.* Pinell. *ad l. 2. C. de reſcind. vendit. part. 3. cap. 3.* Delrio *in l. tranſigere, num. 139. C. de tranſactionib.*

nib. Maſcard. *de probationib. concluſ. 949.* Cujac. *2. obſervat. 19.* Alciat. *in l. 4. C. de edend.* Pet. Coſtal *ad l. 6. § veritas, de offic præſid.* gloſſa & communiter Canoniſtæ *ad cap. Paſtoralis 28. § quia verò, extr. de offic. delegat.*

Primum ſententiæ hujus fundamentum ſumitur *ex d. l. 6. § veritas. de offic. præſid.* ubi præſes provinciæ fidem eorum, quæ probabuntur ſequi jubetur; quod utique taxativè exaudiri debet, ita ut contraria judicis ſcientia excludatur.

Deinde jura noſtra non patiuntur, ut unus idemque ſimul & teſtis & judicis officio fungatur, prout textus eſt expreſſus *in c. 1. cum ſeq. cauſ. 4. qu. 4.* quod utique fieret, ſi deficientibus probationibus, vel præteritis his, quæ in judicio producta ſunt, judici ſecundum ea quæ ſcit judicare permittatur.

Tertiò certa eſt juris noſtri regula, quod deficiente probatione ſuccumbat is, cui probandi onus incubuit, & adverſarius obtineat, tradita *in l. 4. C. de edend. l. 2. C. de probationib. l. 9. C. de except. l. 9. C. de obligat. & actionib.* Ejus verò exceptio, Niſi judex id de quo quæritur ſuis oculis viderit, vel rē ita ſe habero ſciverit, nulla lege fundatur, ſed à Doctoribus communiter reprobatur, teſte Kirchovio *4. concl. 69.* Claro *lib. 5. ſentent. § fin. q. 8. verſ. ult. & q. 66. n. 2.* atqui tralatitium eſt, quod ſtandum ſit regulæ donec exceptio doceatur.

Quartò pro communi, quam ſequimur opinione, apertus eſt textus *in c. paſtoralis; §. quia vero. de offic. delegat.* ubi ordinarius ad mandatum delegati, ſententiam à delegato latam exequi jubetur etſi ſciat eam injuſtam eſſe, quod utique ipſi injungi non debuiſſet, ſi conſcientiarum relligio attendenda foret.

Quintò textus eſt *in cap. ſæpe §. ſententiam, lib. 5. clementinar. tit. 11.* ubi Judex ſententiam ferre jubetur, pro ut ex petitione, probatione, & Actitatis conſtiterit.

Sexto clarus pro hac ſententia extat textus *in cap. ultim. cauſ. 15. quæſt. 5.* ubi ut Presbyter officio ſuo privetur, requiritur, ut ſcelus ſponte ſit confeſſus, vel convictus, nec ſufficit Epiſcopo ſcelus notum eſſe.

Denique tutior eſt hæc ratio finiendarum litium, ſi Judex ſecundum Acta & probata judicare jubeatur, quàm ſi ei permittatur propriam ſequi ſcientiam, & ſecundum ſuam conſcientiam poſthabitis probationibus judicare, cum facile in gratiam amici vel odium inimici quid fingere poſſet.

Nec obſtant ea, quæ pro Martini ſententia ſuperius adducta fuerunt.

Primum quod attinet, etſi Judex ſit & debeat eſſe vir bonus, *l.4.famil. herciſc.* & antequam ad judicandi munus admittatur, juramento de adminiſtranda juſtitia obſtringatur *l.rem non novam, C.de judic.* Periculum tamen eſt, ne affectibus aliò interdum abducatur, & pro amico vel contra inimicum quid fingat, quod metuendum non eſt, ſi ſecundum Acta & probata judicare jubeatur. Nec proinde Judex contra conſcientiam agere jubetur, cum, ſi velit, cauſam alteri delegare poſſit, vel à ſuperiore impetrare, ut ipſe exoneretur ab hujuſmodi judicio, ut taceam conſcientiam ejus lædi non poſſe, qui quod facit lege approbante facit, *arg.l.Gracchus, C.ad leg.Iul.de adulter.*

Quod deinde *ex l.2.Cod.ſi contra ius vel utilitat.public.* adducebatur, judicem ad veritatem reſpicere debere, non attentâ ſupplicantis allegatione, parum habet difficultatis, cum nihil aliud ibi doceatur, quam quod reſcriptum ſupplicanti non proſit, ſi precibus ſuis Imperatori falſum narraſſet, & quod Judex id quod in vero eſt potius, quam quod narratur attendere teneatur, ut patet *ex Rubrica & l.5.eod.* unde in foro frequenter fieri videmus, ut mandata ad narrata ſupplicantis ſubreptitie impetrata caſſentur ſub & obreptionis exceptione probatâ.

Quod attinet *l.6.§.veritas, de offic.præſid.* tertio loco objectum, exinde minimè probari poterit, id quod illi volunt; cum nihil aliud ibi tradatur, quàm quod ſi probetur error circa rem geſtam interveniſſe, Judex, errore detecto, id quod in vero eſt ſequi debeat; immò cum præſes provinciæ fidem eorum quæ probabuntur ſequi jubea-

jubeatur, inde contrarium potius oſtenditur; prout etiam legem illam pro defendenda communi opinione primo loco adduximus.

Nec ſi dicamus judicem ſecundum Acta & probata potius judicare debere, quàm ſecundum ſuam conſcientiam, à via veritatis ad mendacium ipſum remitteremus, prout in *quarto* contrariæ ſententiæ argumento nobis objectum fuit, cum illa demum cenſeatur veritas, quæ teſtibus, inſtrumentis vel aliis modis probata fuit, non quam vel litigantes vel Judex prætendit; immò ſi judici ſecundum ſuam potius conſcientiam judicare permittamus, quàm ſecundum Acta & probata, mendacii potius & fraudis committendæ occaſionem præberemus, quàm ut veritatem promoveamus.

Unde quid ad *quintam & ſextam* dubitandi rationem, reſpondendum ſit, facilè patet; dum enim Acta & probata obſervari volumus, nihil quò tegatur & opprimatur veritas ſuadetur, ſed tutior & certior veritatis indagandæ modus oſtenditur; nec enim de veritatis indagandæ modus oſtenditur; nec enim de veritate ſufficienter conſtat ex eo, quod Judex rem hoc vel illo modo ſe habere aſſerit, cum poſſit falſo aſſerere. Sanè ſi id de quo quæritur, judici notum ſit, ut judici, vel aliàs ſit notorium, ulterior probatio neceſſaria non eſt *cap. ultim. cauſ. 5. quæſt. 5. in princip. cap. prohibentur, in fin. cauſ. 2. quæſt. 1. cap. ſuper eo 3. in princip. de teſtibus cogend. cap. tua nos 8. in princip. extr. de cohabitat. clericor.* at verò ſi judici non ut judici, ſed ut privato, aliquid notum ſit, veluti, cum de facto quæritur, quod judex fieri vidit, non attentâ judicis ſcientiâ probatio deſideratur, ut præter ea quę ſupra adduximus luculenter conſtat *ex cap. ult. §. ſed mirandū cauſ. 15. q. 5. ubi Nicolaus ad Salomonē Conſtantienſem Epiſcopum reſcribens, mirandum eſt; inquit, ſi accuſatus ipſemet confeſſus non fuerit crimē, quo modo notum poſſit eſſe Epiſcopo ſcelus ab ipſo perpetratum, niſi accuſatore forte idoneo per teſtes idoneos approbante; unde ſi nō fuerit per teſtium approbationem convictus Presbyter, non eſt ſcelus Epiſcopo legitimè manifeſtum, niſi ſua ſponte ſcelus ipſe confiteatur; ſola enim ſpontanea confeſſio & legitimus teſtium numerus clericum gradu & officio privat.*

Ad

Digitized by Google

Ad *ſeptimam* dubitandi rationem reſpondendum, quod probationes ab arbitrio judicis pendere, adeoque arbitrariæ eſſe dicuntur, non eo id ſenſu dicitur, quaſi ex mero nudoque ſuo arbitrio Judex æſtimare & pro probato habere poſſit, quod probandum erat; ſed ſi dubitetur, utrū probatio ſit ſufficiens, nec ne, judicis arbitrio permittitur, ut is quod ſibi veriſimilius videtur, pronunciare poſſit, puta ſi teſtium alii aliud depoſuerint, vel idem teſtis in ſuo teſtimonio variaverit *l.2.l.21.§.ſi teſtes, de teſtib. Nov.90.cap.3.concord.c.ult qu.11.cauſ.4.cap.in noſtra 32.extr. de teſtib.* ſi aliud in inſtrumento contineatur, aliud teſtes depoſuerint *Nov.73.cap.3*, ſi contra id quod quis confeſſus eſt, teſtes depoſuerint, quibus & ſimilibus caſibus quid magis ſit credendum & quomodo veritas indaganda, diſcretioni judicis committitur.

Quo ſenſu etiam exaudiri debet, quod hinc inde Judex ſecundum ſuam religionem, animi ſententiam, & ſecundum, id quod ipſi viſum fuerit judicare jubetur; nec enim ut in *octavo oppoſito* putabatur, inde ſequetur, quod Judex ſecundum ſuam conſcientiam, & ſic ſecundum id quod probatum non eſt judicare poſſit.

Quod *nono* objiciebatur, probationem non adverſario, ſed judici faciendam eſſe, adeoque ſupervacuum videri probationibus inſtruere velle judicem jam ante ſatis inſtructum, nihil habet importantiæ, cum, ut ſuprà diximus, manifeſtandæ veritatis cauſa probationes fiant, illa verò ſufficienter manifeſtata nō cenſebitur, utcunque judici privatim de ea conſtiterit, cum is errore labi, vel affectibus fortè aliò abduci poſſit.

Nec majoris ſunt importantiæ, quæ *decima & undecima* objectione continentur, cum Judex ibi non judicet, ſecundum ea quæ ſcit, ſed ſecundum ea, quæ evidenti demonſtratione ipſi ut judici probata ſunt, quæ probandi ratio omnium eſt optima, & omnem probandi modum ſuperat; nec eſt ea privata quædam ſcientia, ſed publica & omnibus expoſita demonſtratio, indubitatam probandi vim habens.

Quod attinet *l.1.c.ut quæ def.advoc.part.jud.ſuppl.* duodecimo objec-

objectam, exinde non rectè infertur, quod cum judici permittatur ſupplere ea quæ à litigatoribus, vel eorū Advocatis, qui cauſæ adſiſtunt, omiſſa ſunt, Judex etiam extra probata ex animi ſui ſententia & privata notitia judicare poſſit, nec enim objecta regula abſolutè, & indeterminatè obtinet, ſed cautione indiget, & cum temperamento eſt intelligenda; vera eſt, ſi de jure Actionis vel exceptionis quæritur, tunc enim, quamvis litigator in jure intentionis ſuæ probando deficiat, jus tamen judici conſtet, quemadmodum ei conſtare debet, *juxt. Novell. 82.* Judex ei qui probatione juris deſtituitur ſubveniet, legeſque quamvis à parte non allegatas ſequetur, ſicque ſuppleri poterit, id quod partibus & Advocatis defuit. Deinde in facti etiam quæſtionibus Judex quandoque partibus ſuccurrere, & quomodo veritas erui queat inveſtigare poterit; exemplum extat *in l. ſi ſervus 50. §. fin. de legat. 1. ubi Ulpian. ſi numerus nummorum, inquit, legatus ſit, nec appareat, quales ſint legati, ante omnia ipſius patrisfam. conſuetudo, deinde regionis, in qua verſatus eſt exquirenda, ſed & mens patrisfamilias & legatarii dignitas, caritas & neceſſitudo, item earum quæ præcedunt vel quæ ſequuntur ſummarum ſcripta ſunt ſpectanda.* aliud extat *in l. licet 74. eod. ubi idem Ulpian. Licet, inquit, Imperator noſter cum Patre reſcripſerit videri voluntate teſtatoris repetita à ſubſtituto, quæ ab inſtituto fuerant relicta, tamen hoc ita erit accipiendum ſi non fuit evidens diverſa voluntas, quæ ex multis colligitur, quid enim ſi aliam rem à ſubſtituto reliquit eidem fideicommiſſario vel legatario quam ab inſtituto non reliquerat, vel quid ſi certa cauſa fuit cur ab inſtituto relinqueret, quæ in ſubſtituto ceſſaret? vel quid ſi ſubſtituit ex parte fideicommiſſarium, cui ab inſtituto reliquerat fideicommiſſum?*

Sic ſi procurator mandatum non protulit Judex quovis tempore per interlocutoriam poteſt injungere legitimationem, atque ita ſupplere id, quod ab adverſa parte omiſſum fuit, gl. *notab. in c. 1. verb. abſentia. de elect. in 6. Panorm in c. cum dilecta. extr. de reſcript. Felin. & alii in c. 9. ext. de judic. fac. notat. per Alex. ad l. 4. § hoc autem. de dam. infect. Caſtr. & Iaſ. in l. ubi pactum 40. C. de tranſactionib.*

Similiter ſi Judex videat ex cauſa adducta male actum eſſe, me-

lius verò agi poſſe ex alia cauſa, illud (utcunque petitum non ſit) actori reſervare poteſt *Bartol. in leg. 1. num 53 & Iaſon. num. 34. de edend. Bald. in authent. ſed ſi aliquis, Cod. de ſecun. nupt. exempla & praiudicia ex ſententiis Camera Imperialis obſervare licet quàm plurima.*

Sic ſi teſtis id de quo quæritur affirmaverit, & adverſa pars nihil adverſus ejus perſonam, vel dictum, exceperit, Judex non tenetur ejus teſtimonio, ſtatim acquieſcere, cum ad ejus officium pertineat, illius quoque teſtimonii fidem, quod integræ frontis homo dixerit perpendere *l. 3. l. 13. in fin. de teſtib.* At vero, ut non licet judici ſecundum aliam actionem vel exceptionem, quam quæ à litigatoribus propoſita fuit, pronunciare, & ea in re, quod partibus deeſt ſupplere, quantumvis animadvertat, cauſam meliori modo agi, vel exceptione meliori defendi potuiſſe *per text in l. 2. C. ſenten. reſc. non poſſ. & l. eleganter 23. § ſi quis poſt. de condict. indeb.* ita nec in quæſtionibus Facti ex privata ſua ſcientia ſupplere poterit probationis defectum, per apertum text. *in d. c. ult. § ſed mirandum cauſ. 15. quaſt. 5. cujus verba ſuperius retulimus.*

Quod ex l. 1. Cod. plus valere quod agit, quam quòd ſimul concip, allatum fuit pro *decimatertia* dubitandi ratione, nihil ad præſentem quæſtionem pertinet; cum hoc tantum ibi dicatur, quòd ſi aliud ſit actum, aliud verò ſcriptum non tàm quid ſcriptum, quàm quid actum ſit attendi debeat, cujus exemplum habetur *in l. 2. ejuſdem titul ubi Impp. Dioclet. & Maxim. Acta ſimulata, inquiunt, velut non ipſe, ſed eius uxor comparaverit, veritatis ſubſtantiam mutare nòn poſſunt*, quæſtio itaque facti per judicem vel præſidem provinciæ examinabitur.

Ad *decimumquartum* oppoſitum, reſponderi poteſt *ex cap. Paſtoralis, § quia verò extr. de offic. & poteſt. delegat.* ubi cum dictum eſſet, quod ordinarius ad mandatum judicis delegati ſententiam à delegato latam exequi teneatur, etiamſi ſciat eam injuſtam eſſe ſubjicitur cautela, quod ſi forte ipſi id moleſtum ſit, efficere & impetrare poſſit, ut onere ſibi injuncto exoneretur & alii id committatur; eandem & is, de quo agimus, Judex cautelam uſurpare poterit, cauſam

Digitized by Google

ſam alteri delegando, vel à ſuperiore impetrando, ut ipſe liberetur ab hujuſmodi iudicio; ut taceam, conſcientiam ejus lædi non poſſe, qui quod facit, lege approbante, facit, *arg l.Gracchus,C.ad leg.Iul. de adulter.*

Quod denique attinet exemplum Salomonis fecit is,quod ad indagandam veritatem ipſi facere videbatur, id quod & cuivis judici jure noſtro injungitur; at illi conſequens non eſt,licere etiam ex propria ſcientia & privata notitia,poſthabitis probationibus, judicare & ſententiam ferre,per ſuperius dicta.

Atque ita manet,judicem, ſecundum ea quæ allegantur & probantur in judicio,non vero ſecundum ea, quæ ſcit ut privatus judicare debere.

DECISIO QVARTA.

An venditor in re vendita aliis obærati debitoris creditoribus præferatur?

NUM qui rem vendidit vel alio modo alienavit in re alienata potior habeatur,ſi emptor ſolvendo non ſit, ut ab eo precium actor conſequi non poſſit,ſæpius inter creditores de prioritate contendentes diſputatum memini. Et ſanè venditorem in re vendita potiorem eſſe cæteriſq; obærati emptoris creditoribus præferri, exinde *primò* aſſerendum videtur, quod etſi per traditionem regulariter dominium rei traditæ amittatur,& accipienti acquiratur, *§.per traditionem,Inſtit.de rer.diviſ.l.traditionib.C.de pact.l.qua ratione 9.§.hæ quoq; res, de acqu.rer.domin.l.ult.eod.l.incivile 12.in pr.C.de rei vendic.l.2. c.ſi quis alteri vel ſibi ſub alterius nomine vel aliena pecunia emit.* id tamen in re vendita ſecus ſe habeat, quippe res vendita licet emptori ex ea cauſa ſit tradita, prius tamen ipſi non acquiritur,quàm is venditori precium ejus nomine ſolverit *§. venditæ, Inſtit.de rer.diviſ.l procuratoris, §.ſed ſi 18 ff. de tribut.act.l ſervi 16 ff. de peric.& comm.rei vend.*

Cui accedit *ſecundò*, quod actus agentium ultra ipſorum intētionē nihil operentur, nec extra cogitata contrahentiũ accipi debeant *per vulgata*,atqui conſtat ex cõi hominum ſenſu & experientia quod

Digitized by Google

venditor non cenſeatur res ſuas in emptorem translatas velle, niſi niſi precium ab eodem acceperit; quippe cum in nullum alium finē ſoleat res vendere, quàm ut precium inde conficiat & accipiat; ut ita naturali ratione vēditor dominium ſuæ rei ſub hac conditione abs ſe in emptorem translatum voluiſſe videatur, ſi precium ab eodem acceperit; cui conſequens eſt, precio nō accepto, nec dominium rei venditæ translatum cenſeri, adeoque venditorem in re vendita cæteris merito præferri creditoribus.

Facit *tertiò l. quod ſi nolit 31. §. idem Marcellus 8 ff. de ædilit. edict.* ubi Ulpian. venditor, inquit, pignoris loco, quod vendidit, retinet, quoad emptor ſatisfaciat.

Quartò conſimile reſponſum habetur *in l. Iulianus 13. §. 8. de actio. empt.* ubi idem Ulpian. offerri, inquit, precium ab emptore debet, cum ex empto agitur, & ideo ſi precii partem offerat, nondum eſt ex empto actio, venditor enim quaſi pignus retinere poteſt eam rem quam vendidit.

Idem *quintò* comprobatur *per l. 22. ff. de hæred. vel act. vendit.* ubi Scævola, Hæreditatis venditæ precium, inquit, pro parte venditor accepit, reliquum emptore non ſolvente, quæſitum eſt, An corpora hæreditaria pignoris nomine teneantur reſpondi, nihil proponi, cur non teneantur.

Idem *ſextò* infertur *ex l. eum qui 14. §. 1 ff. de furt.* ubi ſi emptor antequam pecuniam ſolveret, rem emptam ſubtraxerit, furti actione teneri dicitur, perinde ac ſi pignus ſubtraxiſſet.

Septimò textus eſt *in l quod quis 34 ff de reb. autorit. judic. poſſid.* ubi Marcellus, quod quis, inquit, navis fabricandæ vel inſtruendæ cauſa, vel quoquo modo crediderit, vel ob navem venditam petat, habet privilegium poſt fiſcum.

Octavò confert textus in Novel. 136. de Argentariorum contractibus *cap. 3 verſic. ſi tamen.* ubi ſi argentarius loco pecuniæ, credidit, aut vendidit monilia, nec ei ſatisfiat, res datas vindicare poſſe dicitur.

Nonò qui in rem emendam pecuniam credidit, rem emptam ſibi

ſibi obligatã habet per tex. *in l. 7. in prin. ff. qui potior, in pig. hab. auth. quo jure C. eo l. quod quis 18. ff. de privil. credit. l. ſi cum dotem 22. § fin. ſol. matr. l. ſi pecunia in prin. ff. de reb. eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt, ſine decret. non alie.* multo igitur magis obligata manebit res vendita vẽditori ſuo cum illic mediatè, interventu pecuniæ creditæ, hîc verò immediatè, res à creditore ad debitorem pervenerit adeoque propiorem ortus ſui cauſam ab hoc, quàm illo habeat.

Decimò, qui in rem conſervandam vel reficiendam nummos credidit, privilegium habet *l. creditor 25. ff. de rebus credit. ſi cert. petat. l. 1. ff. de ceſſ. bonor. l ſi ventri 8. § . 1. l. qui in navem 10. l quod quis 18 ff. de privileg. credit. l. interdum 5. cum leg. ſeq ff. qui potior. in pign. hab. l. 1. ff. in quibus cauſ. pig. vel hypothec. tac. contrah.* l. multò igitur magis præferetur ille cujus ab initio res tota fuit propria: quod enim qui in rem conſervandam, vel reficiendam nummos credidit, privilegium habeat, ea id ratione fit, quia fecit, ne res intereat, ſed eſſe pergat, atqui venditor multo plus ad conſtitutionem, & eſſe rei contulit, quàm qui ad conſervationem ejus pecuniam credidit.

Vndecimò, à loco & fraude excuſari non poterit, ſi non ſolvendo exiſtens, ab alio rem emat; Atqui dolus facit, ne videatur res data, utcunque de manu in manum ſit tradita per text. expreſſum *in l. 3 ff. de pignor. action.* ubi Pompon. ſi quaſi recepturus, inquit, à debitore tuo comminus pecuniam, reddidiſti ei pignus, iſque per feneſtram id miſit excepturo eo, quem de induſtria ad id poſuerit, Labeo ait furti te agere cum debitore poſſe, & ad exhibendum, & ſi agente te contrariâ pignoratitia, excipiat debitor de pignore ſibi reddito, replicabitur de dolo & fraude, per quã nec redditum, ſed per fallaciam ablatum id intelligitur.

Deniq; ipſa æquitatis ratio ſuperiorem ſententiam ſuadere videtur. Cum enim venditor certet de damno vitando, ne defraudetur re bonâ fide vendita, utique potior illius ratio haberi debet, quã reliquorum creditorum, ſuum compendium, cum venditoris diſpendio, quærere volentium, prout alias etiam jure noſtro potiſſima ſolet haberi ratio eorum, qui de damno vitãdo certant *l. 7. l. 8. ff.*

de jur. & fact. ignor. nulla verò illorum qui cum alterius damno lucrum quærere ſatagunt *l. 206. de regul. jur. l. 14. de condict. indeb.* Atque ita inter alios ſentire videtur Moller. *1. ſemeſt. 28.* At his & aliis quæ pro coloranda venditoris cauſa afferri poſſent non attentis, venditori nullum, nec in re vendita, nec aliis obærati emptoris bonis, prærogativam competere, reſpondimus, in caſu, ubi venditor rem venditam emptori tradiderat, & fidem de precio, uſuras accipiendo, habuerat.

Si enim venditori aliqua competeret prælatio, illa ipſi vel dominii, vel pignoris jure competat neceſſe eſt. At jure dominii nullam ipſi competere conſtat; ſiquidem per traditionem ex cauſa habili factam dominium rei traditæ amitti & illi cui traditur acquiri juris eſt notiſſimi per textus *ſupra allegatos*, at licet in re vendita paulo ſecus ſe habeat, nec per traditionem dominium rei venditæ ſtatim emptori acquiratur ſed inſuper precii ſolutio deſideretur, ſi tamen de precio fides emptori ſit habita, dominii translationem fieri inter alios juris textus docemur *ex §. venditæ. Inſtit. de rer. diviſ.* venditæ verò res & traditæ non aliter emptori acquiruntur, quàm ſi is venditori precium ſolverit, vel alio modo ei ſatisfecerit veluti fidejuſſore aut pignore dato, ſed & ſi is, qui vendidit fidem emptoris, de ſolvendo precio, ſecutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem emptoris fieri, inquit, Juſtin. *in d. §. vendita verò.* Cui iiſdem ferè verbis concordat *l. 19. ff. de contrahen. empt.* ubi Pompon quod vendidi, inquit, non aliter fit accipientis, quam ſi aut precium nobis ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori ſine ulla ſatisfactione. Quod cum ità ſit & propter fidem de precio habitam (de quo caſu nobis ſermo eſt) dominium à venditore in emptorem ſit translatum, nullam amplius venditori rei venditæ vindicationem competere conſequens eſt, quippe cum vendicatio præſupponat dominium, & non niſi domino competat *§. 1. Inſtitut. de actionib. l. in rem 23. de rei vendicat.*

Nec etiam jure pignoris venditor prærogativam habet, quia deeſt

Digitized by Google

deeſt lex, qua ipſi jus hypothecæ, in re vendita, & ſub fide tradita, conſtituatur; certi quippe ſunt caſus, quibus pignus vel hypotheca tacitè conſtituitur, relati lib. 20. Digeſtorum tit. 2. & lib. 8. Codicis, titul. 15. illis verò annumeratus non invenitur is quo de agimus.

Immò (quod eſt ſecundum ſententiæ noſtræ fundamentum) nullum tacitæ hypothecæ jus venditori competere haud obſcurè conſtat *ex l. 1. § fin. ff. de reb. eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt fin. decret. non alienand.* ubi Ulpian. Si minor, *inquit*, viginti quinque annis emit prædia, ut quo ad precium ſolveret, eſſent pignori obligata venditori, non puto pignus valere, nam ubi dominium quæſitum eſt minori, cœpit non poſſe obligari; quærit ibi & diſputat. Ulpian. An minor rem emptam venditori ſuo pro precio oppignorare poſſit?

At inutilis & ſupervacua eſſet diſputatio, An emptor, minor annis rem emptam pignori obligare poſſit venditori, ſi ipſo jure pro precio obligata eſſet.

Idem *tertiò* in eodem à perſona minoris ſumpto exemplo confirmat Paulus *in l. 2. eod.* videbatur dicendum oppignorationem à minore factam venditori, valere quaſi unà cum dominio pignus ſit quæſitum; At reſpōdet Paulus in fiſco venditore id quidem admitti, ut cui ipſo jure in rebus alienatis jus pignoris competat, ſecus vero in privato venditore id ſe habere, ideoque in propoſita facti ſpecie Imperiali beneficio opus, ut ex reſcripto pignus confirmetur, quippe cum confirmatio Imperatoris id quod invalidum eſt, validum faciat *argumen. l. 38. de adopt. l. 2. C. quand. decret. non eſt opus.*

Accedit *quartò* quod circa fiſcum ſingulariter ſit conſtitutum, ut res vendita vel aliter alienata ipſi pignoris jure ſit obligata, quamvis ſpecialiter id non exprimatur, *l. 2. de rebus eor. qui ſub tut. vel cur ſunt ſine decret. non alienand. l. aufertur 46 § fiſcus, ff de jur fiſc. l. 2. C. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. contrahen.* Cui conſequens eſt, in privatorum contractibus aliud obtinere arg. *l. 12 ff. de judic. d. l. 2. ff. de reb. eor. qui ſub tut.*

Quintò

Quintò textus eſt *in l.5.§.ſed ſi 18 ff de tributor.act.* ubi Ulpian. in terminis terminantibus, ut noſtri loquuntur, ad propoſitam facti ſpeciem, diſtinguendo reſpondet, An nimirum dominus rei alienatæ in creditum abiverit, nec ne; ſive quod in idem recidit, Num videatur habuiſſe fidem de precio, illi cui vendidit, & eum ſolùm voluiſſe perſonaliter oblegare actione venditi, quæ in hunc caſum eſt propoſita; An vero nullam ipſi de precio fidem habuerit, quod ſi in creditum dominus iviſſe fidemque de precio habuiſſe proponeretur (de quo caſu nos agimus) nulla ipſi competit vindicatio, nec pignoris perſecutio.

Sextò pro eadem ſententia textus eſt *in l.quidam fundum 16 ff de in rem verſo*, prout illum poſt gloſſ. & Bart. ad hoc allegat & ponderat Andr. Geil. *lib.2.obſerv.practicar.obſerv.15 n.2.*

Autoritatibus ſi pugnandum eſſet, Autores hujus no[illegible]ræ ſententiæ laudare poterimus Jaſon *ad l.25.n.[illegible].ff.de reb.credit.* Zaſ. *ibid.n.8.* Cujat. *ad African.tractat.8 in expoſit.l.9 ff qui potior in pign. hab.* Covarr. *lib.1.reſolut.cap.7.verſ.cui & illud accedit* Modeſtin. Piſtor. *illuſtr. quæſtionum part,2.q.60.* & alios plures quos allegat & ſequitur Andr. Geil *obſerv practicar.lib.2.obſerv 15 n.2.*

Nec quæ pro affirmativâ ſuperius adducebantur, tanti ſunt momenti ut in contrarium, quem movere debeant.

Quod enim *primò* afferebatur, rem venditam, licet emptori ſit tradita, prius tamen ipſi non acquiri, quam is venditori precium ejus nomine ſolverit, utcunque aliàs per traditionem dominium rei traditæ amittatur & accipienti acquiratur, ex iis quæ circa *quintam* decidendi rationem adduximus facilè diſſolvi poterit; videndum An dominus rei venditæ in creditum iverit, nec ne, ut loquitur Ulpian. *in l.5.§.ſed ſi 18.ff.de tributor act.* In creditum ſi non ſit itum, nec venditor emptori fidem de precio habuit objecta obtinent, nec per traditionem rei venditæ dominium in emptorem transfertur, adeoque venditori, quippe rei domino vendicatio & manus injectio competit: quod ſi vero in creditum dominus iviſſe, & fidem de precio habuiſſe, proponeretur, id quod in præſenti quæſtione præſupponimus;

ponimus, nulla ipſi competit vindicatio, nec rei, quippe alienæ, repetitio. Solutio patet ex objecto *§. vendita verò, Inſtit. de rer. diviſ.* ubi Juſtin. Si is, inquit, qui vendidit fidem emptoris, de ſolvendo precio, ſecutus fuerit, dicendum eſt, ſtatim rem emptoris, fieri. Concordat *l. 5. §. 18 ff. de tributor. action.* ubi Ulpian. quia res venditæ non aliàs deſinunt eſſe meæ, quamvis vendidero, niſi ære ſoluto, vel fidejuſſore dato, vel aliàs ſatisfacto, dicendum erit, ſi in creditum non abiit venditor, vindicare me poſſe rem venditam, unde à contrario ſequitur ſi fidejuſſores ab emptore ſint dati, vel pignora conſtituta, aut aliàs fides de precio habita, vindicationem ceſſare.

Unde, quod *ſecundò* afferebatur, actus agentium ultra ipſorum intentionem nihil operari, nec cenſeri venditorem dominium rei venditæ abs ſe in emptorem translatum voluiſſe, prius quam ſolutio conventi precii ſequatur, ſponte corruit, quippe cum in re manifeſta non ſit locus conjecturis, & aliud in caſu nobis propoſito de mente venditoris, ex eo quod fidem habuit emptori de precio, liquido conſtet.

Similiter non obſtat, quod venditori res vendita pro precio tacitè ſit obligata, prout tertia & tribus ſubſequentibus dubitandi rationibus inferebatur adductis ad id *l. 31. §. 8 ff. de ædilit. edict. l. 13. §. ff. de ædilit. edict. l. 13 §. 8. de action. empt. l 22. de hered. vel act. vend. l. 14 §. 1. de furt.*

Nec enim ſimpliciter & abſolute de quovis promiſcuè caſu theorica illa exaudienda, ſed limitatè accipi debebit, ſi nimirum res nondum ſit tradita, nec fides de precio habita, quo caſu venditor rem venditam inſtar pignoris retinere poteſt, donec ei emptor precium ſolverit; probatur ex ipſis adductorum textuum verbis, & caſibus propoſitis, quippe cum apertè de Retentionis jure loquantur, & venditori retentionem rei venditæ permittant quoad precium ipſi ſolvatur; prout aliàs etiam juris permiſſu res retineri poteſt ſi ſubſit cauſa retinendi ipſi rei cohærens, *l. ſi quis 20. ff. de acquir poſſ. l. 12. in fin. de vi & vi arm. l. 61. in prin. locat. l. 26. §. 4. de condict. indeb. l. 53 §. fin.*

de injur. quo modo ſartor veſtẽ retinet, ob non ſolutam mercedem, procurator Acta propter ſolaria reſtantia, faber equum curatũ quo ad expenſæ & debita merces perſolvantur, Geil. *2. obſervat. 12. num. 5.* Sic ab hoſpite jure retineri poſſe equos, quo ad debitum pro alimẽtis præſtitis perſolvatur, aut eo nomine caveatur, in facultate reſpõdimus. Similiter emptori competere retentionem rei emptę donec & rationali, à retrotrahente refundatur precium expenſum uſuræ & meliorationes à nobis reſponſum memini; viduis etiam in bonis defunctorum maritorum jus retentionis competere, donec de dote ipſis ſatisfiat, aliquoties judicatum ſcio. Denique ob melioramẽta in rem utiliter facta res retineri uſitatiſſimum eſt, & probatur per text. *in l. 5. de impenſ. in res dotal. fact. l. 33. in fin. de condict. indeb. l. 8. in pr. de pignorat. action. l. 14. de dol. mal. & met. except. l. 26. §. 4. de condict. indeb.* Geil. *2. obſerv. 12. n. 6.* Eadem æquitatis ratione jura venditori retentionem concedunt, ne cogatur rem venditam tradere, ſed pignoris loco illam retinere poſſit, quoad precium ipſi ab emptore perſolvatur: At poſteaquam rem tradidit, fidemque de precio habuit, omnis cauſa pignoris ceſſat, adeoque nec repetitioni, nec prælationi, locus eſt, juribus ſupra allegatis.

Non obſtat ſolutioni datæ, quod antequam res tradatur in dominio venditoris maneat, adeoque ipſi pignoris loco eſſe nequeat, cum res creditoris propria ipſi oppignorari non poſſit & pignus non ſit niſi in re aliena *l. neque pignus 45. ff. de regul jur.* cui conſequens videtur textus oppoſitos accipi non poſſe de re apud venditorem adhuc permanente, ſed exaudiendos eſſe de rebus emptori traditis, Non obſtat inquam; etſi enim res vendita antequam emptori tradatur, in dominio venditoris maneat, quia tamen emptori eo nomine actio adverſus venditorem competit non plenè ipſius venditoris res vendita exiſtit ſed emptoris potius eſſe cenſetur per text *in l. 143. de verb ſignif. l. 15. qui 15 de reg jur. l. rem in bonis 52. de acquir. domin* proindeque pignoris nexu rectè obligari potuit.

Ad *ſeptimum* contrariæ ſententiæ fundamentum, deſumptum ex *l. 34. de reb. autor. judic. poſſid.* (*in aliis exemplaribus eſt l. 18. de privileg:*

creat.

credit) Reſpondendum primò, quod venditor navis privilegium in petendo precio poſt fiſcum habere dicitur, eo caſu accipi debebit, quando fides de precio emptori habita non fuit, cum quævis juris diſpoſitio de terminis habilibus ſit exaudienda, & eo ſenſu accipienda, quo contrarietas legum evitaretur; deinde dato navem venditam venditori pro precio tacite obligatam eſſe, utcunque fides de precio emptori ſit habita atq; ita accipi debere reſponſum Marcelli in objecta *lege 34*. quia aliàs ſi fides de precio habita non eſſet, venditor ipſo quoque fiſco in vindicatione rei ſuæ potior exiſteret *iuxta l.1.C.de privileg. fiſci*, publica navigationis utilitate, quo nimirum navigandi facultas, adeoque publicum commodum promoveatur, ſpecialiter ita conſtitutum & venditori navis tacitamm hypothecam cum privilgio prælationis datam eſſe dicemus, prout aliàs etiam multa publicæ utilitatis, cauſa & in ſpecie ad promovendum navigationis uſum ſingulariter conſtituta leguntur.

Similiter quod ex Novel.*136.c.3.* afferebatur, ſingulari ratione ita conſtitutum eſſe noverimus. Agitur ibi de Argentario; circa argentarios, eorumque contractus multa ſingulariter conſtituta eſſe, præter aliæ juris conſtitutiones patet ex d. Novel. 136. rationem in principio præmiſſam. In ſpecie & illud conſtitutum *cap.3.* Eiuſdem Novellæ, ſi Argentarius alicui rem quampiam empturo loco pecuniæ mutuo petitæ det monilia certo precio æſtimatos nec contentum ſit ut res comparata creditori pignori ſit obligata nec etiam precium rei æſtimatæ perſolvatur à debitore poſſe ipſum res datas vindicare & ut ſuas repetere; quod in aliis venditoribus ſecus ſe habet, quippe quibus jus tantum retinendi, nõ vero vindicandi competit, ut ſupra ex *l 13. §. 8. de action. empt. l.31. §. 8. de ædilit. edict. l.22. de hæred. vend. l. 14. §. 1. de furtis*, deduximus quanquam & textus objectus non incommodè accipi, & exaudiri poſſit, de caſu quo fides de precio habita non fuit, per ea quæ ſuprà ad argumentum proximè præcedens annotavimus.

Quod *nono* afferebatur, Rem emptã pignori obligatã eſſe credi-

 tori

tori, qui in rem emendam nummos credidit, cum Donel. *de pign. & hypoth. cap. 5.* Geilio *2. obſ. 12. & aliis*, hactenus verum credimus, ſi nominatim ipſi, cujus pecunia res eſt comparata pignori obligata ſit per textum *in l. licet 7. C. qui potior in pign. hab. l. quamvis 17. C. de pignoribus & hypoth. Nov. 136. cap. 3. in pr.* ſecundum quos textus reliqui indiſtinctè loquentes exaudiendi, & diſtinguendi veniunt. Unde ex argumento adducto hoc tantum ſequeretur, quod quemadmodum res empta pignori obligata eſt illi, qui eam ad rem pecuniam credidit, & nominatim illam ſibi obligari fecit, ita & res vendita obligata ſit venditori, modo ſpecialiter pro precio ipſi ſit obligata. Dato, abſolute verum eſſe, de rebus aliena pecunia comparatis quod aſſerebatur, inde tamen ad rem venditam non rectè inferretur, quippe cum privilegium taciti pignoris, non niſi legibus nominatim conſtituatur *l. 1. & tot. tit. in quib. cauſ. pig. tac. conſtit. l. unic. §. 1. C. de rei uxor. act. l. 6. §. ult. C. de bon. quæ liber. l. 1. ibi, hypothecariam ab ipſa lege induci C. commun. de legat. & fideicommiſſ.* At de re vendita nuſpiam ita conſtitutũ legitur, ſed contrarium potius autoritate legum conſtituitur, ut præter adducta patet & ex his, quæ tradit Geilius *2. obſerv. c. 15. per tot.* nec ex rationibus & argumentis topicis jus ſupplere, & jure non conſtitutum conſtituere licet, per ea quæ ſupra fusè de hoc argumentandi genere diſſeruimus.

Similiter verum non eſt, quod qui in rem conſervandam, vel reficiendam, nummos credidit eam rem ſibi obligatam habeat, prout *decimo* contrariæ ſententiæ argumento proponebatur: Sanè qui ad domus reſtitutionem nominatim pecuniam credidit, pignus in ipſo ædificio, ejus pecuniâ reparato, conſtitutum habet *l. 8. §. 1. de privileg. credit. l. 1. de ceſſ. bonor. l. 25. §. 1. de reb. credit. l. 1. in quib. cauſ. pign. vel hypothec. tacit. contrah.* Atqui de aliis creditoribus, qui ad refectionem alterius rei, veluti navis, pecuniam mutuam dederunt idem aſſerere non licet, prout Accurſ. & plerique omnes eum ſecuti faciunt; ſiquidem tacitum pignus ſpeciali Senatuſconſulto nominatim conceſſum eſt illi, qui in domus reſtitutionem nummos credidit *d. l. 1. in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. contrah. cum ſimilibus ſupra adductis,*

ductis, nulla autem ſpeciali juris conſtitutione idem jus tributum legimus cæteris, qui vel in navim inſtruendam, vel aliam quam rem reficiendam nummos crediderunt; Non ergo idem de his creditoribus fingere debebimus; non enim eadem cauſa eſt ædificii reficiendi, & navis, aut alterius rei conſervandæ. In ædificiis tuendis ſarciendiſque publica verſatur utilitas ne ruinis aſpectus urbis deformetur *l.2. C. de ædific. privat.* quorum nihil ſimile in navi, & cæteris rebus; ut ita dicendum ſit, nec verbis nec ſententia Senatusconſulti pignus in cæteris rebus, quæ noſtra pecuniâ refectæ fuerunt, contrahi, niſi de eo generaliter aut ſpecialiter convenit.

Non obſtat *l. interdum §. cum l. ſeq. ff. qui potior in pig. habeant.* quod enim ibi cæteris creditoribus, potior eſſe dicitur is, qui in rem conſervandam quid impendit, puta ad navem armandam, vel reficiendam, non eſt ita exaudiendum, quaſi Ulpianus tacitum creditori hujuſmodi pignus afferat; neque enim eo loco tractatur, quomodo navis obligetur pignori, ſed quis ſit potior ex iis, quibus obligata eſt, diverſis temporibus, & reſpondetur potiorem eſſe illum, qui ad eam reficiendam, aut extruendam pecuniam credidit, quamvis poſterior crediderit, dummodo illud præſupponatur, huic quoque fuiſſe obligatam, id quod aperta conventione fit; pro ut contra cõmunem rectè ſtatuit & reſpondit Donell. *in tractat. de pignorib. & hypoth. cap. 5. circa finem.*

Quod cum ita ſit, ex falſo præſuppoſito nihil certi poteſt inferri, ſed deſtructo antecedente, conſequens etiam deſtruatur neceſſe eſt. Immò licet indiſtinctè verum ſit, quod præſupponebatur, & ad omnes omninò creditores, qui in rem conſervandam vel reficiendam nummos crediderunt, pertineat, ei tamen conſequens nõ eſt, quod proinde & is qui rem quampiam vẽdidit, pro precio illam ſibi obligatam habeat, cum, ut ſupra diximus, tacitum pignus nulli competat niſi cui lege nominatim ſit datum, cujuſmodi lex in perſona venditoris ceſſat, nec ulla uni conſtitutio tacitum pignus ipſi pro precio dedit, ſed potius denegavit, ut conſtat *ex l.1. §. fin. de*

Digitized by Google

vere potuiſſet, rem retinendo vel jus pignoris reſervando, ideoque ſibi imputare debebit ſi id neglexit indeque damnum ſenſit, at reliquis obærati emptoris creditoribus, nihil imputari poteſt, cum ex poſſeſſione bonorum debitorem judicarint locupletem, & omnia quæ poſſideat ejus eſſe crediderint; nec ſubfuit ratio, cur aliter credere debuerint. Atqui ita, firma manet concluſio, venditori nullam in re vendita competere prærogativam, nec poſſe ipſum aliis obærati debitoris creditoribus, vel dominii, vel pignoris jure, præferri.

DECISIO QVINTA.

An venditor in re vendita aliis obærati emptoris creditoribus præferatur ſi venditio ſub conditione fidejuſſorũ pro precio dandi facto ſit.

TITIUS Sempronio præditura vendiderat, ea lege & conditione, ut pro precio & in ſecuritatem ſolutionis idonei Fidejuſſores dentur. Emptore ceſſante, nec legi contractus ſatisfaciente alius quis ex emptoris creditoribus immiſſionem in bona emptoris, & in ſpecie in prædium prædictum petiit, & impetravit. Intervenit Titius venditor, petens immiſſionem ceſſari, & prædium ſibi reſtitui, aut certè de precio prius ſatisfieri. Quæſitum quid juris?

Contra Titium venditorem pronunciandum videbatur; Si enim aliqua ipſi competeret prælatio, vel dominii vel pignoris jure competat neceſſe eſt; Atqui pignoris jure nullam venditor in re vendita prærogativam habet, ſi inter contrahentes apertè conventum non ſit, ut res vendita pro precio ſit obligata prout in caſu propoſito, inter Titium venditorem & Sempronium emptorẽ, cõventiũ non fuit, quippe cum privilegium taciti pignoris nõ niſi legibus conſtituatur, & nulli competat, niſi cui nominatim lege ſit datum

Digitized by Google

datum *l. 1. l. 3. l. 4. in quib. cauſ. pign. vel hypothec. tac. contrah. l. 3. C. eod. l. 1. ibi hypothecariam ab ipſa lege induci C. commun. de legat. & fideicommiſſ. l. unic. §. 1. C. de rei uxor. action. l. 6. §. ult. C. de bon. quæ liber.* At de re vendita nuſpiam ita conſtitutum legitur, nec ulla juris conſtitutio tacitum pignus venditori pro precio debet, ſed potius denegavit, ut conſtat *ex l. 1. §. fin. cum leg. ſeq. de reb. eor. qui ſub tutel. vel cura ſunt ſine decret. non alienand.* ubi dum quærit Ulpianus; An minor rem emptam venditori ſuo pro precio oppignorare poſſit, rem venditam citra apertam conventionem venditori obligatam nõ eſſe præſupponnit, ſiquidem inutilis aliàs & ſupervacua eſſet diſputatio, An emptor, minor annis, rem emptam pignori obligare poſſit venditori, ſi ipſo jure pro precio obligata eſſet, quippe cum ejuſdem ſit naturæ, nec minoris efficaciæ pignus tacitum, quàm quod aperta contrahentium conventione conſtitutum fuit *tot. tit. Digeſtorum & Codicis in quib. cauſ. pign. vel hypoth. tac. conſtituat.* ut ita & venditor non haberet opus, aperta convenire de pignore ſibi cavere, ipſo jure, & tacita pignoris conſtitutione ſatis tutus.

Similiter nec dominii jure ullam venditori in re vendita prærogativam cõpetere, aſtruitur ex reſcripto Imperatorum Diocletiani & Maximiani *in l. 12. C. de rei vendicat.* Incivile eſt, inquiunt, atque inuſitatum, quod poſtulas, ut mancipium, quod tradidiſti, & eo modo dominium ejus tranſtuliſti ex noſtro reſcripto tibi aſſignetur; ſanè de precio, ſi non hoc ante probatum fuerit te recepiſſe cõveni adverſariam tuum: quo ipſo haud obſcurè innuitur, quod ſi fundus venditus ſit & traditus, licet emptor precium nõ ſolvat, vel incipiat fieri obæratus & non ſolvendo exiſtat, minime tamen ad reſcindendum contractum actione ex vendito, vel ad reſtitutionem fundi venditi actione in rem agi, & fundus vindiccari poſſit, ſed neceſſe ſit ad ſolam precii ſolutionem agere. In eandem ſententiam idem reſcripſerunt, iidem Imperatores, Diocletian. & Maximian. *in l. venditi 6. C. de actionib. empt. & l. 14. C. de reſcind. vend.*

Accedit quod venditor rem venditam emptori purè & ſimpliciter ſine ulla dominii reſervatione tradiderit, adeoque fidem de

precio

precio habuerit; uti contra gl. *in l. quod vendidi, ff. de contrah. empt.* Fabrum & alios *in §. vẽditæ, Inſtit. de rer. diviſ.* tenet Menoc. *de præſumpt. lib 3. præſumpt. 79. nu. 4.* quẽ ad hoc allegat & ſequitur Modeſt. Piſtor. *illuſt. quæſt. part. 2. q. 60. n. 15.* Unde quod Ulp. *in l. 5. l. 18. ff. de tribut. act.* de caſu haud abſimili reſpondit, vindicationi locum non eſſe, quãdo dominus rei alienatæ in creditum ivit, idem & hic in caſu præſenti reſpondendum videtur, iviſſe nimirum venditorem in creditum, eo ipſo dum precium conventum ad inſtar mutui apud emptorem eſſe ſivit, adeoque rem venditam nullo jure repetere & vẽdicare poſſe; ſiqnidem ſi in creditum ire, & fidem de precio emptori habere noluiſſet, apertè ea de re proteſtatus fuiſſet, quin & merito proteſtari debuiſſet, ut ita quemadmodum aliàs proteſtatio interpoſita jus competens conſervat, ſic è contrario ejus intermiſſio competentis juris amiſſionem operetur, Bart. *ad l. non ſolum, §. morte de oper. nov nunciat.* Jaſon *ibid. nu. 50.* Anton. Gomez *lib. 2. reſolut. cap. 13 nu 12* Kirchov. *cent. 6. concl. 82* Guid. Pap *deciſ. 172. n. 2.* & Dd. commun. *in l ſi duo §. Inquilinus, ff. uti poſſid.*

At his & aliis, quæ pro coloranda cauſa immiſſi creditoris afferri poſſent, non attentis, pro venditore pronunciandum autumo; atque ita etiam à collegio Jureconſultorum, quod eſt Helmſtadii, pronunciatum memini, Non ſanè intuitu pignoris cujuſdam venditori in re vendita competentis, (nullam quippe venditori in re vendita hypothecam jure conſtitutam eſſe, adeoque nec competere, rectè circa primam dubitandi rationem adductum, & plenius quæſtione proximè præcedenti deductum fuit) ſed attentâ dominii cauſa. Etſi enim venditor, emptore precium non ſolvente, ad reſcindendum contractum agere nequeat, neque rem venditam vindicare, ſed neceſſe habeat, ad ſolam precii ſolutionem agere, pro ut circa ſecundam dubitandi rationem *ex l incivile 12. C. de rei vendicat. l. venditi 6. C. de actionibus empt. l. 14. C. de reſcind vendit* deductum fuit, hactenus tamen id obtinet, ſi fides de precio emptori ſit habita per text. *in §. venditæ, Inſtitut. de rer. diviſ.* contra vero, ſi fides emptori de precio habita non ſit, dominium rei venditæ in emptorem tradi-

Digitized by Google

tione non transfertur, ſed penes venditorem manet *l. 19 ff. de contrahen. empt.* ubi Pompon. quod vendidi, inquit, non aliter fit accipientis, quam ſi aut precium nobis ſolutum ſit, aut ſatis eo nomine factum, vel etiam fidem habuerimus emptori, ſine ulla ſatisfactione.

Atqui hoc noſtro caſu, nec precium eſt ſolutum, aut ſatis eo nomine factum, nec etiam venditor fidem emptori habuit; cum enim venditor animadverteret emptorem in parato pecuniam non habere, rem venditam ipſi tradere noluit, niſi fidejuſſorem, in ſecuritatem ſolutionis certò ſubſecuturę, emptor venditori conſtituat; quod cum emptor in ſe receperit, at non præſtiterit, nec conditioni appoſitæ ſatisfecerit, res vendita pro non tradita habetur, nec dominium in emptorem translatum cenſebitur, *d. §. vendita vero, Inſt. de rer. diviſ. & d. l. 19 ff. de contrah. empt.*

Unde, quod afferebatur, rem venditam emptori purè & ſimpliciter ſine ulla dominii reſervatione traditam fuiſſe, adeoque fidẽ emptori de precio habitam ſponte cutruit, ſiquidem theorica illa, quâ venditor rem venditam ſine reſervatione dominii tradens, emptoris fidem ſequi præſumitur, in dubio obtinet, atqui noſtro caſu, de mente venditoris nihil ſubeſt dubii, quippe qui precium ſibi ſolvi, & in ſecuritatem ſolutionis ſine mora ſubſecuturæ fidejuſſorem ſibi dari voluit, adeoq; fidem emptoris ſequi ſe nolle ſatis apertè declaravit.

Nec proinde quod Ulpian. *in l. 5. §. 18. ff. de tribut act.* reſpondit, huc quadrat, cum conſtet, venditorem noſtrum ire creditum in noluiſſe; cui conſequens eſt, rem venditam ipſum rectè vindicare poſſe, juxta eundem Ulp. *in d. §. 18.* ubi ſi in creditum, inquit, non abiit vendicare rem venditam non prohibebitur.

Nec quicquam ipſi oberit, quod proteſtatus non ſit, de non transferendo dominio; ſiquidẽ proteſtatio de iis, quæ tacitè inſunt, facta nihil operatur arg. *l. 3. C. de fideiuſſor. Nov. 99. in princ.* ita nec omiſſio proteſtationis præjudicat in iis, quæ ipſo jure competunt, vel aliàs nobis ſunt ſalva; Quapropter cum venditori ipſo jure promiſ-

ſum

ſum ſit, rem venditam repetere, ſi precium non ſolvatur, *d. § ven. ditæ, Inſtit. de rer. diviſ. l. 18. de tribut. act.* Inſuper & de mente venditoris, quod fidem emptoris ſequi noluerit, ex inde ſatis conſtet, quod fidejuſſorem de precio ſibi dari petiit, utique proteſtatione opus non fuit, & facta ſupervacua extitiſſet.

DECISIO SEXTA.

An creditores hypothecarii, ut in ſorte, ita & in uſuris præferantur chirographariis, aliisq; hypothecariis juniorem hypothecam habentibus.

De ordine & prioritate creditorum votantibus dubium ſubortum fuiſſe memini, An qui in ſorte præferuntur, in uſuris etiam prælationem habeant?

Sanè creditores hypothecarios, licet præferantur chirographariis in ſorte, in uſuris tamē non præferri nec uſuras conſequi, niſi de ſorte prius chirographariis, aliisq; poſteriorem hypothecam habentibus ſit ſatisfactum, ſunt qui autumant. Atq; ita à Jureconſultis Academiæ Altorfinæ reſponſum, & hypothecariorū petitionem de uſuris factam, quo ad chirographarii, aliiq; hypothecarii poſteriores, de ſorte contententur, dilatam ac ſuſpenſam fuiſſe, videre eſt inter conſilia Altorfina *conſ. 59. circa finem.* In eandem ſententiam anno præterito Wittenbergenſes, quoq; iviſſe & judicaſſe memini. Ex interpretibus quibus ſententia illa placuerit, inter alios ab Altorfinis *d. conſ. 59.* allegatur Matth. Coler. *in tract. de proceſſib. executivis par. 1. c. 10. num. 94.* Weſenbec. *conſ. 50. num. 34.* Videturque ſumma æquitate niti, prout illam decidendi rationem allegant, & urgent Jureconſulti Altorfini dicto loco, ſiquidem ſummè iniquum & abſurdum judicatur, ut qui de damno vitando certant, prout chirographarii faciunt ſortem expoſitam repetentes, poſtponantur aliis lucro & prædæ inhiantibus, prout faciunt hypothecarii de uſuris captandis ſolliciti, contra vulgatam juris regulā, quæ vult potiorem rōem habendam eorum, qui de damno vitando certant, quàm

Digitized by Google

qui lucro inhiant. *§.fin. verſ ſin autem, Inſtit.quib.alienar.lic vel non. l. 9.C.de uſucap.pro empt.l.fin. §.ſi quis, verſ.non enim, C.de codicill.l.7.l.8. de jur.& fact.ignorant.l.ſi minoris 25. de adminiſtrat.& peric.tutor.l. 6. de his quæ in fraud.creditor.c.pervenit, extr.de fideiuſſorib.* Unde cum in jure & deciſionibus juris æquitas cum primis attendi debeat *l 90.l.192. de reg.jur.l.placuit, Cod.de iudic.l.51.§.penult.ad leg. Aquil.l.quod ſi Epheſi, 4.§.1 de eo quod cert.loc.l.1.l.2.ad leg.Rhod.de iact.c.fin.extr.de tranſactionib.* utique ſors uſuris omninò præferenda videtur, utcunque lege ſcripta deſtituamur Accedit, quod uſurarum exactio ſit odioſa, nec proinde extendi ſed reſtringi debeat *c. odia, de reg.jur.in 6.l.155.ff.eod. l cum quidam 19.delib.& poſth.l.42.ff.de pœn.cum concordantib.*

At his & aliis, quæ pro coloranda priori opinione adduci poſſent, non attentis, in contrariam ſententiam aliquoties in facultate reſpondimus, eumque qui prior eſt in ſorte, priorem etiam in uſuris eſſe pronunciavimus. Eodem modo à Jureconſultis Academiæ Marpurgenſis 17. Novembr. anno 1615. in concurſu creditorum de prioritate contendentium judicatum fuiſſe animadverti. Eandem ſententiam legendo & judicando approbarunt Bart. *ad l.18.ff.qui potior.in pign.habeant.* Neguz.*in tract.de pignorib.& hypoth.memb.2.part 5. prin.n.15. Mynſ.1.obſerv.59. Moller.lib. 1.ſemeſtriū.c. 28 ubi exemplū ponit in venditore qui ut præfertur in precio ita & in uſuris præferendus venit.*

Nec iure, & evidenti ratione poſterior hæc ſententia deſtituitur. Siquidem certi & indubitati eſt juris hypothecarios creditores præferri chirographariis aliiſque poſteriorem hypothecam habentibus per text.*in l.eos qui 9.C.qui potior.in pign.habeant.l.pro debitore.C.de reb.autorit.iudic.poſſidend.l.potior 11.ff.qui potior.in pign. hab.l. 2.l 3.l.4.l. 8.C.eod.l. 3. C.ut in poſſeſſ.legat.ſervand.cauſa mitt.l.2.C.de privileg fiſci*, nec in uſuris ullibi contrarium reperitur conſtitutum proindeque ſtandum erit regulæ, exceptione non probata *l.5.ff de probationib.& præſumptionib.l.64.§.9.ſolut.matrim.l 3. in fin.de offic.præſid l.10.de publician.in rem.act.* Immò creditores hypothecarios non minus in uſuris quàm in ſorte præferri chirographariis textus eſt in terminis *in l. 18 ff.qui potior.in pign.hab.* Lucius Titius, inquit Scævola, pecuniam mutuam

mutuam dedit ſub uſuris, acceptis pignoribus, eidemque debitori Mævius ſub iiſdem pignoribus pecuniam dedit, Quæro An Titius non tantum ſortis, & earum uſurarum nomine, quæ acceſſerunt antequam Mævius crederet, ſed etiam earum quæ poſtea acceſſerunt, potior eſſet, reſpondi Lucium Titium in omne quod ei debetur potiorem eſſe. *Hactenus Scævola*, quæſitum fuit An Titius hypothecarius anterior, præferatur Mævio hypothecario poſteriori; & ſane quod attinet ſortē, & uſuras, quæ acceſſerunt antequā Mævius eidem debitori ſub iiſdem pignoribus pecuniam credidit, nō multū dubitabatur prælationem locum habere, At quod attinet uſuras, quæ acceſſerunt poſteaquam Mævius eidem debitori ſub iſdem pignoribus pecuniam dedit dubitari potuit, quippe cum dies debiti illius primum ceſſerit, poſteaquam res ſecundo creditori pignori fuit obligata, At eo non obſtante, in illis etiam uſuris, quæ acceſſerunt poſteaquam Mævius debitorem ſub iiſdem pignoribus ſibi obligavit, Titium præferri, reſponſum fuit; nec refert quod dies uſurarum ejuſmodi ceſſerit, quando debitor Mævio obligari cœpit, ſiquidem regula, qua dicebatur, quod qui potior eſt tempore, potior ſit jure, unâ eademque re duobus vel pluribus pariter oppignorata, obtinet, etiamſi ante diem prioris debiti cedentem res alii etiam pignori ſit obligata, adeoque in eo etiam credito prior creditor potior eſt, cujus dies ceſſit poſteaquam res ſecundo pignori eſt obligata, *l. qui balneum 9 l potior 11. ff qui potior in pignor. hab. l. 2. C. eod.* De hypothecario poſteriori quod dictum fuit, idem multo magis de chirographariis creditoribus dicendum venit, cum enim hypothecarius tempore prior, ut in ſorte ita & in uſuris præfertur hypothecario poſteriori, ipſa ratio dictat eundem multo magis præferri debere chirographario, quippe cum creditor chirographarius hypothecario, etiam poſteriori poſtponatur, ut ita locum hîc habeat tralatitium illud, ſi vinco vincētem te, Ergo fortius vinco te, fundatum & exemplo declaratum *in l. 14. §. 3 ff. de diverſ. & temporalibus præſcriptionib.*

Nec æquitate deſtituitur ſuperius JCti Scævolæ reſponſum;

Digitized by Google

Potiorem quippe rationem haberi eorum, qui ſibi ſuæque rei vigilarunt ſummè æquum eſt, Ulpiano & Scævola atteſtantibus *in leg. quod autem 6. c. ſciendum, l. pupillus 24. ff quæ in fraud. creditor.* quibus in locis pro creditoribus, qui ſibi vigilarunt reſpondetur, poſtpoſitis res ſuas negligentibus, cum jura vigilantibus ſint ſcripta, ut habent verba *d. legis* 24. Cui conſequens eſt, noſtro quoq; caſu creditorem qui hypotecam ſibi dari curavit potiorem eſſe debere chirographario, qui ſoli debitoris perſonæ credidit, non attendens plus cautionis & ſecuritatis in re eſſe quam in perſona *l. plus cautionis 25 ff. de regul. juris.*

Unde, quod circa *primum* contrariæ ſententiæ fundamentum de æquitate ejuſque autoritate afferebatur, ſponte corruit; ſiquidē tum demum æquitas attenditur ſi ſit evidens, ita ut nullam dubitationem in contrarium admittat; nec fortiori æquitatis ratione vincatur, ut hic ſit: deinde, nulla æquitatis ratio habetur, nec æquitatis quæ ſubeſſe videbatur, attenditur, ſi lege aperta aliud conſtitutum habeamus, prout in noſtro caſu aperta & in terminis, ut loquuntur interpretes, extat deciſio apud Scævolam in recitata *lege 18 ff. qui potior pign. hab.* tum enim æquitas, quæ nobis ſubeſſe videbatur, legi cedat, neceſſe eſt. potiorq; æquitatis ſcriptæ quam non ſcriptæ ratio habenda *l. proſpexit 12. ff. qui & à quib. manum. lib. non fiunt. l. 20. cum leg. ſeq. ff. de legib.*

Nec quicquam urget, quod odia ſint reſtringenda, non enim eſt interpretum extra legem ſibi ſumere reſtringendi licentiam; ut taceam non omnes uſuras eſſe odioſas, ſed quaſdam valde favorabiles quales ſunt uſuræ compenſatoriæ, ubi quod ultra ſortem accipitur ad indemnitatem pertinet, uti poſt alios eleganter monſtravit Weſenb. *in paratil. Digeſtor. de uſur. n. 7. cum ſeqq.*

De præjudiciis & Autoritate interpretum, quod afferebatur, parū ſtringit, non n. exemplis ſed legibus (qualem pro noſtra ſententia habemus evidentem) judicari oportet; deinde præjudiciis præjudicia & Autoritatibus Autoritates oppoſuimus, quibus cum Legiſla-

giſlatoris Autoritas accedat, & lex aſſiſtat, è medio contraria præjudicia, & diſſentientes interpretum quorundam Autoritates recedant neceſſe eſt; quanquam quod attinet autoritatem Matthæi Coler. non loquitur is de jure communi quid eo obtineat, ſed refert & exponit, quid ab Electore Saxonico ea de re refert ea ſpecialiter ſit conſtitutum.

Atque ita manet, creditores hypothecarios, pro ut præferuntur in ſorte, ita & in uſuris præferendos eſſe chirographariis, aliiſq; hypothecariis juniorem hypothecam habentibus.

DECISIO SEPTIMA.

Num tutoribus licita ſit bonorum pupillarium alienatio, ſi princeps alienationi conſentiat eamq́, fieri permittat?

Res pupillares ſine decreto magiſtratus, & cauſæ cognitione alienari non debere, alienationem factam inutilem eſſe, tutorum contractus à pupullis retractari res alienatas emptoribus avocari ac vindicari poſſe, peculiari Senatusconſulto conſtitutum, ac proviſum videmus, *l. 1. & tot. tit. de reb. eor. qui ſub tut. vel cur. ſunt ſive decr. non alien.*

Atque empturus ædes pupillares, à principe, ſub quo pupilli domicilium habuerunt, bonaq; ipſorum ſita fuerunt reſcriptum & licẽtiam alienandi impetravit. Quæſitum vero fuit à tutorib. Num principe in alienationem conſentiente, licita ſit alienatio, ipſique hoc modo ſecuri conſtituantur, ne poſt finitam tutelam à pupillis ſuis deſuper conveniri poſſint.

Licitam eſſe rerum pupillarium alienationem, principe in illam conſentiente, eamque permittente, omni dubio carere videtur, per text. *in l. 2. C. quan. decret. non eſt op.*; Illud, inquit, Aurelianus Imperator requirendum eſt, An adito principe Saturninus vir clariſſimus ſpecialiter jus venditionis acceperit;

Referri

Referri & recenſeri illic caſus, quibus ad alienationem rerum pupillarium decreto non eſt opus, ex Rubrica & inſcriptione tituli conſtat. Inter illos refertur & is, ſi à ſuperiori principe jus vēditionis ſit impetratum, & princeps alienationi conſentiat. Additur ratio, quia, ut habent verba textus, ad inſtar præſidialis decreti conceſſio principalis accedit.

Unde *ſecundum* quo in caſu propoſito alienatio licita videbatur, argumentum reſultat; Quando enim autoritas magiſtratus intervenit & decretum interponetur ut liceat alienare, alienatio licita exiſtit, nec à pupillis retractari poteſt, *l. 1. l. 11. de reb. eor. qui ſub tut. vel cura. ſunt, l. 6. l. 18. C. de prædiis minor.* Atqui conceſſio principalis eſt inſtar decreti *d. l. 2. C. quando decret. non opus.*

Ergo alienatio facta, manebit firma, nec retractari poterit; cum enim per paria cenſeantur & æquiparentur, decretum magiſtratus inferioris ſolenniter enunciatum, & reſcriptum principis, utique idem operabitur ſpecialis permiſſio principis, quod operatur decretum magiſtratus, nec magiſtratus inferioris decretum majorem vim habebit, ipſo principis indulto; ſiquidem quod dicitur & prædicatur de pari idem etiam de compari dicendum & prædicandum venit, per vulgatam Logicorum theoricam.

Accedit *tertio* ad orationem D. Severi quam alienationes rerum pupillarium prohibentur, interpretatio relata *in l. 2. circa fin. iuncta l. 1. §. fin. de reb. eor.* ubi ſi in emptione prædii convenerit, ut res empta venditori pignori ſit obligata, donec precium à pupillo ſolvatur, conventio illa invalida pronunciatur, nec pignoris conſtitutio tenet, quia oppignoratio, ſpecies eſt alienationis, per trad. à Vult. *2. feud. 10. n. 43.* Covarr. *2. reſol. c. 16. n. 7.* atque oratione D. Severi alienationes rerum pupillarium ſine decreto fieri prohibentur *l. 1. de reb. eor.* Ergo nec pignoris conſtitutio in rebus pupillaribus ſine decreto procedet; Si tamen principali reſcripto pignus confirmetur, confirmatio illa loco decreti habebitur, & pignoris conſtitutio valebit, ut annotat & ſupplet Paul. *d. l. 2. de reb. eor.*

Facit *quartò*, quod quæ aliàs jure ſunt invalida accedente confirmatio-

firmatione, & reſcripto principis, valida fiant. Exemplum habuimus in caſu *d.l.2.de reb.eor.* aliud occurrit in l.38. de adopt. ubi adoptio non jure & minus ſolenniter facta, à principe confirmata valet ac ſubſiſtit; jubente & volente ita ſuperioritate ac majeſtate principi tributa.

Denique pro facienda alienatione, non parum ſtringit, quod ædes de quarum diſtractione quæritur pupillis ſint inutiles, & alienatio longè utilior; ſiquidem diſtractis ædibus, & pecuniâ in uſuras elocatâ triplo plus lucri inde pupillis accederet, quam ex retentione vel elocatione ædium, quippe cum ædes tanta mercede elocari nequeant, inſuper annuam refectionem deſiderentur, ut ita inſtituta computatione refectionum quotannis faciendarum, & mercedis acceptę, parum de mercede, ſumptibus detractis, ſit ſuperfuturum. Accedit quod ædes incendio ac flammis ſint expoſitæ, cujuſmodi periculum metuendum non eſt, ſi pecunia ex diſtractione ædium confecta in emptorem prædiorum vertatur, aut ſub uſuris elocetur, fidejuſſoribus hypothecisve à debitore acceptis.

Unde, cum tutoribus incumbat, & unicus, cur dentur, ſit finis ut commodum pupillorum promoveatur, & reditus ipſorum augeantur, ædium de quibus quæritur diſtractio ipſis omnino concedenda videtur, pro ut & aliàs ſine decreto, propriaque autoritate res ſupervacuas ac tempore perituras diſtrahere permittuntur *l.4. C.quando decr et.non eſt opus l.tutor 6 §.ſi tutor.de adm.tut.l ſancimus 28. § fin.C.eod.ratio eſt*, quia cum in finem decreti interpoſitio deſideratur, ne quid damni ex diſtractione tutoribus libera relicta pupillis accedat, ſed prius inquiratur, Num utilis ſit futura rerum pupillarium alienatio. Atqui finis ejuſmodi, & præſens pupillorum utilitas in diſtractione ædium evidenter conſpicitur; ſupervacuum igitur foret decreti interpoſitione requirere, quippe quando de fine conſtat, de mediis non debemus eſſe ſolliciti, & quando finis habetur ceſſant deſtinata ad finem argumento exempli propoſiti *in § ſed ſi 8. Inſtit.de ſuſpect.tutor.*

At his non attentis, nudum principis indultum in propoſita

M facti

Digitized by Google

facti ſpecie, ubi nullum quod exolvi debuiſſet debitum ſubfuit, nō ſufficere, nec tutoribus ædes pupillares diſtrahere licere reſponſum memini: Etſi n. quando autoritas magiſtratus intervenit, & decretū interponitur, ut liceat alienare, alienatio licita exiſtit, & à tutorib. ſine ipſorum periculo res pupillares validè alienari poterunt, *juxta l.1 l.11 de reb. cor. qui ſub tut. vel cur. ſunt. l.6. l.18. C. de præd. minor.* id tamen non de quovis permiſſu, & abſoluto magiſtratus indulto, accipiendum, ſed hactenus obtinet, ſi ſubſit æs alienum, & ipſius rei neceſſitas alienationem ſuadeat; Nec enim prætori liberum arbitrium datum eſt diſtrahendi res pupillares, ſed ita demum, ſi æs alienum immineat, inquit, Ulpian. *in l.5. §.14. de reb. cor.* cui conc. cōſtitutio Impp. Dioclet. & Maxim. *in l.12. Cod. de præd. minor.* ubi apertis & verbis taxativis reſcripſerunt, ob æs alienum tantum, cauſa cognita, præſidiali decreto minorum bona diſtrahi poſſe. Prout igitur decretum magiſtratus nullius eſt momenti, ſi abſque cauſæ cognitione, & quando non urget æs alienum, prætor res pupillares alienari permiſit; ita nec nudum principis indultum alienationem licitam faciet, nullo pupillorum debito urgente; nec cauſæ cognitione præcedente, prout in caſu præſentis ad nudam futuri emptoris ſupplicationem & illi inſerta narrata vendendi licentia data fuit, modo ab Impp. *in l.6. C. de præd. min.* planè improbato; venditio poſſeſſionis minorum inquiunt Impp. *dict. l.6.* per procuratorem delato ad prætorem vel præſidem provinciæ libello, fieri non potuit, cū ea res confici, rectè aliter non poſſit, niſi apud Acta cauſis probatis, quæ venditionis neceſſitatem inferant decretum ſolenniter interponatur.

Nec huic noſtræ aſſertioni contrariatur Aureliani Imperatoris reſcriptum, citatum ex *l.2. C. quando decret. non eſt opus.* Etſi enim principis autoritas defectum decreti ſupplet, & perinde ſit, ſive decretū interponatur, à prætore vel præſide ſive ab ipſo principe ſpecialiter jus venditionis impetretur, inde tamen non efficitur omni & quovis caſu alienationem rerum pupillarium principis indulto confirmari, & impetrato jure vendendi quamvis alienatorum per-

miſſam

miſſam cenſeri, ſed accipi & exandiri debebit cum temperamento, de caſu neceſſitatis, & quando pupillorum conditio venditionem deſiderat, nec ſine illa illis aliàs conſuli poſſet. Id quod haud obſcurè innuitur verbis finalibus *oppoſitæ l. 2.* ubi dum additur, quod ad inſtar præſidialis decreti conceſſio principalis accedat, eo ipſo ſatis ſignificatur, nō plus concedi vel confirmari principis indulto, quam alias decreto prætoris vel præſidis conceſſum vel confirmatum fuiſſet; atqui extra cauſum neceſſitatis decretum interponi non poſſe, & interpoſitum nihil operari conſtat *ex l. 5. § ſi æs alienum, de reb. eor. minor. & l. 12. C. de præd. min.* Unde & patet ſolutio *ſecundi* in contrarium oppoſiti argumenti; Reſpondendum quippe per inverſionem argumenti adducti; decretū à magiſtratu eo demum caſu interponi poteſt, & interpoſitū licitam rerum pupillarium alienationē facit, quando neceſſitas vēdendi ſubeſt & æris alieni diſſolutio venditionem urget *d. l. 5. § ſi æs alienum, de reb. eor. & d. l. 12. C de præd. min.* Atqui conceſſio principalis eſt inſtar decreti *d. l. 2. C quand. decreto non eſt opus.* Ergo quantum eſt in decreto, tantundem etiam in conceſſione principis ineſt; Cum enim paria cenſeantur & æquiparentur decretum magiſtratus inferioris ſolenniter enunciatum, & reſcriptū principis, utiq; quicquid de decreto dicitur vel negatur, idē etiam de indulto principis dicēdum vel negandum venit, argumento eorum quæ circa inductionē ſecundi objecti ex logicis allata fuerunt.

Non minoris eſt importantiæ *tertium* pro contraria opinione allatum argumentum; ſiquidem quod *in l. 2 de reb. eor.* pignoris conſtitutio aliàs inutilis & invalida, principali reſcripto confirmatur, ſeparatam planè à noſtro caſu rationem habet. Res minorum ne obligari quidem ſine decreto poſſe patet *ex l. ſi pupillorum 7. § fin. de reb. eor. qui ſub tut.* at quærebatur, ſi in emptione prædii convenerit, ut res empta venditori pignori ſit obligata, donec preciū à pupillo ſolvatur; An nō eo caſu pignoris cōſtitutio & cōventio privata valeat; quod negatur, ſi tamē principali reſcripto pignus cōfirmatur, cōfirmatio illa loco decreti habebitur, & id quod invalidum fuit, vali-

Digitized by Google

dum reddit ratio eſt, quia in caſu propoſito pignus cum ipſo domi-nio quodammodo quæſitum fuit, & ab initio obligatio inhæſit, ut ita facilius confirmari poſſit, hujuſmodi pignoris reſervatio, quam ſi de plenaria rerum pupillarium alienatione agatur.

Nec etiam per omnia & in omnibus obtinet, quod *quartò* de vi & efficacia confirmationum principalium afferebatur: ſiquidem quod quæ aliàs jure ſunt invalida accedente confirmatione & reſcripto principis valida fiunt, id obtinet, ſi confirmatio illa ſine præjudicio & damno fieri poſſit, prout contingit in caſu *d. l. 2. de reb. cor. & l. 38. de adoptionib.* At cum interſit pupillorum bona vita non alienari, ſed ipſis ſarta tecta conſervari utique extra caſum neceſſitatis alienari non poſſunt, nec alienatio inutiliter facta autoritate & reſcripto principis confirmari.

Denique parum ſtringit nec alienationem rerum pupillarium licitam facit, quod ædium de quarum diſtractione quæritur, retentio pupillis videatur eſſe inutilis ipſa vero alienatio longe utilior, cum diſtractis ædibus, & prœmia in uſuras elocata triplo plus lucri inde pupillis accederet, quàm ex retentione vel elocatione ædium, quippe quod ædes tanta mercede elocari nequeant, inſuper annuam refectionem deſiderent, quin & incendio ac flammis ſint expoſitæ; ſiquidem ne tum quidem alienationem rerum pupillarium valere, ſi res alienata minori ſit inutilis, vel damnoſa, aut plus juſto precio vendita apertè conſtat *ex l. 13. de reb. cor. qui ſub tute. vel cur. ſunt ſin. decret. non alienand.* ubi cum quæreretur ſi fundus ſit ſterilis, vel ſaxoſus, vel peſtilens, An alienare eum tutor poſſit, ab Imperatoribus Severo & Antonino id denegatum fuit, quod allegaſtis, habent verba reſcripti, infructuoſum eſſe fundum, quem vendere vultis, movere nos non poteſt, cum utique, pro fructuum modo, precium inventurus ſit. Et in ſpecie, ne domum quidem pupillarem ſine decreto & extra caſum neceſſitatis alienari poſſe, apertis verbis conſtitutum habemus *in l. 22. §. nec domum, C. de adminiſtrat. tutor.* ubi Conſtantinus Imperator, nec domum, inquit, vendere licebit, in qua

defe-

defecit pater, minor crevit, in qua majorum imagines, aut non videre fixas, aut revulſas videre, ſatis eſt lugubre.

Quibus ita deductis & refutatis contrariis, firma manebit deciſio, Nudum principis indultum, in propoſita facti ſpecie, ubi nullum, quod exolvi debuiſſet, ſubfuit debitum, non ſufficere, nec tutoribus ædes pupillares diſtrahere licere.

DECISIO OCTAVA.

An actio injuriarum civilis ex lege Cornelia competens, annalis, an vero perpetua ſit?

IN publica platea injurioſe verberatus injuriā ſibi illatā certâ pecuniæ ſummâ æſtimabat, eamq; ſibi ſententiâ judicis adjudicari petebat. Reus cōventus non negabat factum, at ante biennium illa facta fuiſſe aſſerebat, adeoq; præſcriptionis præſidio ſe vallatum & temporis exceptione munitum contendebat, abſolutionem ab inſtituta actione petens.

Actor replicando lapſum biennii fatebatur, at verò oppoſitam exceptionem jure nulla fundari, nec injuriarum actionem, expulſatione & verberatione competentem, anno finiri adeoque actionem intentam & ipſiuſmet Rei confeſſione probatam oppoſita exceptione non fuiſſe eliſam. Quæ ſitum quid juris?

Et ſanè annalem eſſe actionem injuriarum, quæ ex prætoris edicto deſcendit ad unum omnes concedunt interpretes per *l. ſi non convicii 5. C. de iniur. l. 17. §. 6 eod.*

Quod ſi vero non prætoria actione, de injuria agatur, ſed ex l. Cornelia, eo quod ſe pulſatum quis verberatumve, vel demum ſuam vi introitam eſſe dicat, Num & illa injuriarum actio annalis ſit, ita ut ſi injuriatus poſt lapſum annum actionem inſtituat, præſcriptionis exceptio locum habeat magna Doctorum contentione cōtrovertitur. Annalem eſſe, nec minus eam quæ ex l. Cornelia de-

ſcendit, quàm quæ ex edicto prætoris ortum habet anno circumſcribi, notavit gloſſ. *ad d.l.ſi non convicii 5. C.de injur. & ad § ſed & lex. Inſtit.eod.* Gloſſam ſequuntur Azo *ad Rubr.codic.de injur.num.17.* Gomez *3.reſolut.6.n.15.* Oldendorp.*claſſ.7.act.10.& in tractat.de uſucap.& præſcript.tit.de action.intra certa temp.exercend.n.12.* Petr. à Plaça. *in Epit.delict.cap 6.n.43.* Schurf.*1.conſ.12.n.5.* Boſs.*in pract.tit.de injur.num.23.* Wurmbſer. *in pract.obſervationib.tit.47.de injur.obſervat.1.* & alii plures, quos magno numero referunt & ſequuntur Autores conſilii, quod extat inter Altorfina *num.* 43. & duobus Cameræ Imperialis adſeſſoribus adſcribitur. Secuti fuerunt eandem ſententiam Ingolſtadienſes & Altorfini Jureconſulti, approbando & ſubſcribendo conſilium modo relatum. Movētur *primo* per *l ſi non convicii 5. C. de injur.* Si in rixam (*habent verba textus*) incōſulto calore prolapſus homicidii convicium objeciſti, & ex eo die annus exceſſit, cum injuriarum actio annuo tempore præſcripta ſit, ob injuriæ admiſſum conveniri non potes. Quæſitum, An qui homicidii convicium alicui objecerat, poſt annum conventus ſecundum petita Actoris cōdemnari poſſit. Reſcribunt Impp. Diocletian. & Maxim. ob injuriæ admiſſum conveniri non poſſe Victorinum conſulentem; addita ratione, quia ita enim Autores ſupra relati textum inducunt) injuriarum actio annuo tempore præſcribi ſoleat, & verò poſt annum actio in hypotheſi ibi propoſita primum intentari voluit. Unde inferunt, quod cum generaliter & abſolutè dicatur injuriarum actionem annuo tempore præſcribi, nec diſtinguatur ſitne verbalis, An realis injuria, nec nos diſtinguere debeamus *juxta vulg.l.de precio, ff. de publician.act.1.de legat.præſtand.*

Secundo urgent, quod non poſſit dari lex, quæ contrarium diſponat; ideoq; cum conſtet injuriarum actionem annuo tempore finiri, nec ullibi excepta inveniatur injuriarū actio ex l. Corn. deſcendens, utique ſtandum eſſe regulę, nec exceptionem non probatam admitti debere, qui enim dicit, caſum aliquem à regula eſſe exceptum, hanc ſuam exceptionem ſpeciali aliqua juris conſtitutione probet neceſſe eſt, *l.5.de probat.& præſumpt.*

Tertiò urgent, quod non poſſit dari diverſitatis ratio, cur inju-

riarum actio ex convicio verborum ort[illegible] anno finiatur; Ea vero quæ ex pulſatione, verberatione, violentave introitione in domum oritur, perpetua eſſe debeat.

Quartum ſententiæ illius fundamẽtum deſumunt ab identitate rationis; Nam quæ ratio ſuaſit, ut verbalis injuriæ actio reſtringatur, nec poſt annum agere liceat; Eandem etiam in actione injuriarum realium obtinere; utramque ad vindictam, & pœnæ perſecutionem dari *l. 2. § 4 ff. de collat. bonor. l. 7. §. 2. de iniur.* utramque infamare *l. 1. de his qui notant. infam.* ideoque ceu odioſam reſtringendam *cap. odia, de reg. jur. in 6. l. pen. de pœn. l. 11. §. 1. de injur. l. 155. § 7. ff. de reg. jur.*

Quintò omnes leges, omniaque jura ex utilitate Reipubl. dijudicari & æſtimari debere. Atqui ſententiam illatam, quâ Realium injuriarum actio intra metas anni coërcetur, proprius accedere utilitati Reipubl. quam ſi dicamus actionem ex l. Cornelia perpetuam eſſe; nunquam n. tranquillitas feliciter conſtare poteſt, cum judicia ſcatent injuriarũ litibus: quo argumento uſus fuit Oldendorp. *dict. claſſ. 7. act. 10.*

Sextò. In dubiis benigniorem & humaniorem ſententiam præferendam eſſe iuris eſt indubitati, *l. 10. § fin. de reb. dub. l. 56. l. 168. l. 192. de reg. jur. Clar. § teſtamentum. q. 63. n. 1.* Atqui interpretationem illam ut poſt annum non detur ob pulſationem, vel verberationem actio longè eſſe æquiorem, humaniorem & conſcientiæ tutiorem, quippe cum propius accedat ad manſuetudinem, quam charitas à nobis exigit, videlicet ut ad remittendam potius quam ad perſequendam injuriam ſimus propenſiores.

Cui *ſeptimò* accedit Rei favor; ſi quidem in dubio proniores non eſſe debere ad liberandum, quam ad obligandum jura jubent, & eſt text. *in l. Arrianus 47. de oblig. & action.* maximè in odioſis, Weſenb. *conſ. 19. n. 22.* quo facit, quod quando dubitatur de veriore & cõmuniore opinione, pronunciandum ſit pro Reo, uti habet communis practicorum theorica & latè perſequitur Corat. *in tract. de communib. Doctor. opinionib. lib. 2. tit. 9. num. 168.*

Octavò ipſius actoris negligẽtia urgetur. Cum n. propter negligẽ-
tiam

tiam non agentium præſcriptionum jura ſint introducta, ac aliàs quoque in cauſis non odioſis negligentia præſcribendi cauſa fundamentumque eſſe ſoleat *l. ultim. in fin. Cod. de annali except.* & vero in caſu præſenti, ipſe injuriatus paſſus ſit biennium ſine litis conteſtatione elabi, utique de præſcriptione dubitari non debere, maximè quod conſulto, & in fraudem Rei conventi id ab actore factum videatur, quo interim Reo defenſiones interciderent, & teſtes quibus ſit uſurus morte ſopirentur quippe in dolo eſſe præſumitur, qui cum poſſit agere, (pro ut præſenti actori nullo nō die actionem movere licuiſſet) non egit, ſed diſtulit agere dum adverſario pereant probationes Matth. de Afflict. *deciſ. 13 n. 12.* Molin. *de uſur. quæſt. 16. n. 187. in fin.* jam autem iniquum eſſet, actori quidem dolum ſuum prodeſſe, Reo vero nocere, contra *l. non debet 74. l. factum 151. de reg. jur. l. 1. in princ. ff. de alienat. judic. mutand. cauſ. fact. l. 2. quod vi aut clam.* quo pertinet, quod aliàs etiam injuriarum actio nō admittitur, ubicunque contra æquum quis venit *l. non ſolum 11 §. 1. de injur.*

Nono urgent autoritatem communium opinionum communis eſt opinio, actionem injuriarum realium ex l. Cornelia deſcendentem, non minus anno finiri, quam quæ ex edicto prætoris oritur, pro ut illam communem dicunt Laurentius Kirchov. *centur. 5. commun. opin.* Mynſing. *obſervat. 7.* Franciſc. Marcus *in deciſionib. Parlamenti Delphinatus part. 2. quæſt. 192. num. 6.* Oldendorp *claſſ. 7. action. 10.* Petr. à Plac *in Epitom. delect. cap. 6. n. 43.* Atq; inventa opinione communi, judici non amplius (ne quidem, ſi caſus alioquin valde ſit dubius) licet eſſe in incerto, cum habeat quid in judicando ſequatur, inquiunt & argumentantur Autores *dicti conſil. Altorſini 43* allegantes ad id Corat. *in tractat. de communibus opinionib. lib. 2. titul. 8. nu. 16. cum ſeqq.*

Denique pro aſſerenda annali præſcriptione Autores ſuprà relati præjudiciis diverſorum Collegiorum, Facultatum, Conſiſtoriorum, Rotarum, curiarumque ſententiis & præjudiciis pugnant. Ita enim ſervari & pronunciari in omnibus Saxoniæ tribunalibus, teſtis eſt Hieronym. Schurf *centur. 1. conſil. 12. n. 5.* & poſt ipſum Matt.

Weſen-

Weſenbec. *in paratitl. Digeſtor. de injur. & famoſ. libell. n. 15.* In eandem ſententiam, ſe vidiſſe judicari teſtatur Joh. Baptiſta Plot. *conſil 35. volum. 1. n. 19.* Eandem ſententiam apud ſe uſu ſervari teſtatur Hartm. Hartman. *lib. 1. obſervat. practicar. tit. 47. de iniur. obſervat. 1.* ubi refert, univerſitatem Heidelbergenſem conſultam à Cancellario Florentino de Wommingen reſpondiſſe, Actionem injuriarum ex l. Cornelia deſcendentem, annalem eſſe, non perpetuam. Eodem modo, reſponderunt Autores conſilii, quod extat inter reſponſa Altorfina num. 43. ſubſcriptum à Jureconſultis Altorfinis & approbatum à collegio Jureconſultorum Academiæ Ingolſtadienſis. Nec ob cauſam aliquam ſpecialem ſic judicatum fuiſſe, ſed quod ita juſtum plumque crederent, & eam pro æquiore melioreve ſententiam haberent; adeo meritò ſequendam tot prejudiciis comprobatur, & communi Dd. calculo receptam ſententiam. At his non obſtantibrs, contra Reum conventum in propoſita facti ſpecie reſponſum memini. Nec deſunt autoritates Jureconſultorum in eandem ſententiam reſpondentium; ſiquidem injuriarum actionem ex l. Cornelia deſcendentem non annalem eſſe, ſed perpetuam, & ad triginta uſque annos competere, inter alios docent Clar *lib. 5. ſententiar. §. iniuria, n. 9* Farinac. *in quæſtionib. criminalib. lib. 1. tit. 15. q. 10.* Duaren. *de iniur. cap. 2.* Roland. *2. conſil 39. n. 15.* Geil. *2. obſerv. 104. n. 4.* Mynſing. *1. obſervation. 84. & 5. obſervation. 7.* ubi refert ab Adſeſſoribus Cameræ Imperialis, in duabus cauſis ita judicatum fuiſſe. Solidum hujus ſententiæ fundamentum in eo poſitum putamus, quod actio injuriarum ex lege Cornelia deſcendens ſit civilis, civiles vero hoc eſt, quæ ex legibus proficiſcuntur actiones ſint perpetuæ, nec minori quàm triginta annorum ſpacio extinguātur, per regulam traditam *in princip. Inſtit. de perpet. & tempor. actionib. l. 3. l. 4. C. de præſcript. 30. vel 40. annor.*

Reſpondere conantur, qui contrarium ſequuntur ſentētiam, ad fundamentum modo relatum quod regulæ illi generali, quæ dicit Actiones ex lege deſcendentes eſſe perpetuas derogetur *per l ſi non conviciis, C. d iniur.* ut quæ ſpecialiter loquatur in actione injuria-

 rum,

rum, & illam, ſine diſtinctione, annuam pronunciet. At ſi legem illam, quâ tantopere nituntur diſſentientes, recte intueamur, non de omni illam injuria, ſed de verbali tantum, quam prætor vindicat, loqui deprehendemus. Agitur enim ibi de objecto homicidii crimine, & actione inde intentatâ, quæ utique prætoria eſt, ideoque annua; Sanè non loquitur ibi prætor, ſed princeps, cujus reſcripta, pars juris civilis potiſſima habentur, pro ut contra reſponſionem datam regerunt autores dicti conſilii Altorfini, at inde non ſequitur, quod proinde in caſu *d.l.ſ.* de civili injuriarum actione agatur, cum quod prætor edixit, ab Imperatoribus ad propoſitam ipſis facti ſpeciem accommodetur.

Nec verba *cum injuriarum actio annuo tempore præſcripta ſit*, continent rationem à genere deſumptam, pro ut alii textum illum inducunt, & reſponſionem datam infringere conātur, ſiquidem verba illa, non eo, quo illi putant ſenſu, accipienda ſunt, quaſi dicant Impp. injuriarium actionem annuo tempore præſcribi, ideoq; cum ex crimine, de quo ibi agitur intra annum non ſit actum, nullū amplius actioni locum fore; ſed hæc eſt ſententia, quod cum poſt convicium objectum integer annus exceſſerit, actio, quæ aliàs injuriato competiiſſet, per lapſum tanti temporis ſit præſcripta, ideoq; cum effectu repeti non poſſit, pro ut hanc Imperatorum mentem & argumentationem ipſa legis verba ſatis apertè demonſtrant cum non dicant *actionem injuriarum in hypotheſi propoſitam ceſſare, quia actiones injuriarum annuo tempore præſcribantur & intra annum actum non ſit*, ſed *cum injuriarum actio annuo tempore præſcripta ſit*, inquiunt, *ob injuria admiſſum conveniri non potes*.

Atq; ita ſalvum & immotum manet ſuperioris noſtri reſponſi fundamentum, ſimul & ſatisfactum *primò* contrariæ ſententiæ argumento, quod deſumebatur *ex l ſ. C. de injur.*

Non majoris eſt importantiæ *ſecunda* dubitandi ratio; nec enim ullibi generaliter de actione injuriarum aſſeritur, annuo illam tempore finiri ſed ubi hoc dicitur de actione injuriarum prætoria id dici animi advertemus. Contra vero cū certa & generalis ſit regula, civiles &

les & quæ ex legibus proficiſcuntur actiones, eſſe perpetuas, traditā *inprin. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* nec ullibi excepta inveniatur injuriarum actio ex lege Cornelia deſcendens, utique ſtandum erit regulæ, nec exceptio non probata admitti debebit.

Nec, ut *tertio* putabatur, deeſt diverſitatis ratio, cur injuriarum actio ex cōvicio verborum orta anno finiatur, ea verò, quæ ex pulſatione oritur, perpetua eſſe debeat; cū enim injuriam verbalem prætor vindicet, & vero ex prætoris edicto omnes actiones prætoriæ pœnales anno, quia prætorum juriſdictio tantum annua fuit, terminentur, *l. in honorariis 35. de obligat. & actionib. princip. Inſtit. de perpet. & temporal. action.* utique & illam eſſe annalem conſequens eſt: ut taceam Reales injurias longe eſſe atrociores & intolerabiliores, ideoque mirum videri non debere, longiora tempora illarum perſecutioni indulta fuiſſe.

Unde & patet, ſitne, ut *quartò* opponebatur, eadem utriuſque actionis, prætoriæ & civilis, ratio. Nec quicquam urget, quod odia ſint reſtringenda, non enim eſt interpretum, extra legem ſibi ſumere reſtringendi licentiam: ut taceam quod etſi injuriarum actio, reſpectu injuriantis, & intuitu pœnæ, quæ ipſi petitur infligi, odioſa ſit, actoris tamen intuitu, ut ei ob acceptam injuriam ſatisfiat, & qualem qualem accipiat recompenſam favorabilis exiſtat.

Quod *quinto* ab utilitate Reipublic. & tranquillitate fori deſumebatur argumentum, nihil ad conſtitutionem juris confert, ſi non accedat legislatoris autoritas, per ea quæ ſupra diſcurſu ſecundo fusè diſſeruimus; nec minus etiam intereſt Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quam ut Privilegio temporis muniantur, & dignis eximantur pœnis *l. ita vulneratus 51. §. 2. l. ad l. Aquil. l. 18. in princ. ff. de injur. & famoſ. libell.*

Eadem infirmitate laborat *ſextum* contrariæ opinionis argumentum; læſis ſanè id inculcare licet, ut attenta charitate, quam Chriſtianus Chriſtiano debet ad remittendā potius, quam ad perſequendam injuriam ſint propenſiones, at nolentibus inde imperari

Digitized by Google

non poteſt; nec in caſu dubio, ubi benignior & humanior ſententia præferenda venit, verſamur, ſed in re certa, certo & indubitato jure definita.

Ad hæc Chriſtianorum manſuetudo & charitas eo uſque extendenda non eſt, ut rei juſto eximantur ſupplicio; nec minus expedit Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quàm ut humanitatis beneficia in eos conferantur, & privilegio temporis muniantur, argumento accuſationum criminalium, quarum pleræque non niſi viginti annorum exceptione excluduntur: *l querela 12. C. ad l. Cornel. de falſ.*

Unde & ſeptimum à favore Rei deſumptum argumentum ſponte corruit attentis his, quæ ad argumentum proximè præcedens reſpondimus & quæ circa quartam dubitandi rationem ſuperius notavimus facit, quod favore & beneficio dignus cenſeri nequeat, qui in alium maleficus, ac injurius eſſe maluit.

Similiter ne Actoris negligentia Reo abſolutionem parit, pro ut circa *octavā* dubitandi rationem conſiderabatur. Etſi enim propter negligentiam non agentium præſcriptionum jura ſint introducta, ut tamen hoc vel illo tempore, ut longiori, vel breviori ſpacio, hæc vel illa actio præſcribatur, ex legislatoris autoritate, ejuſq; determinatione dependet.

Quod *nono* de Autoritate communium opinionum afferebatur, ſolidè refutatur ex his quę ſuprà deciſione prima diſputavimus, ubi ſolidiſſimè oſtendimus communes opiniones interpretum neceſſariam autoritatem non habere, nec judicem adſtrictum eſſe illas in judicando ſequi, ut taceam non deeſſe, qui contrariam opinionem judicent eſſe communiorem, uti facit Balb. *in tract. de præſcrip. part. 4. partis quartæ principal. qu. 1. §. 4.*

Idem de præjudiciis, pro aſſerenda annali prçſcriptione *ultimo* relatis judicandum; non enim exemplis ſed legibus judicari oportet. Et, ſi præjudiciis pugnandum foret, longe nobilius extat apud Mynſing. *5. obſerv. 7.* ubi refert ab Adſeſſoribus Cameræ Imperialis in duabus cauſis ita judicatum fuiſſe; Nec quæ contra illud Cameræ Impe-

Imperialis præjudicium ab Autoribus dicti conſilii Altorfini 43. §. *quodſi quis*, diſputantur tanti ſunt momenti, ut aliâ aliarum curiarum præjudicia, illi præferri debeant, uti cuivis in foro verſanti conſtat, & patebit ex his quæ de Autoritate præjudiciorum Cameralium alibi dicemus.

DECISIO NONA.

Cuinam cedat Theſaurus in domo vendita ante traditionem inventus?

TITIUS domum ſuam Cajo mille florenls vendiderat, venditore adhuc inhabitante, re nondum tradita, nec precio numerato, à quodam venditoris famulo olla nummis plena in foramine parietis caſu inventa fuit. Quæſitum cui cedat pecunia reperta?

Sibi ſoli pecuniam illam deberi inventor contendebat; Nec quod Theſauri inventi portio ex conſtituto, Leonis in *l* unica, C. de Theſauris, domino loci deputatur, ad caſum præſentem pertinere adeoque nec emptorem nec venditorem eo jure niti poſſe, Nõ emptorem, ſiquidem quod Theſaurus pro parte domino loci cedat, eam id fieri ob cauſam, quia veriſimiliter præſumitur à majoribus ejus proveniſſe; atqui locum Theſauri inventi jam primum emptori venditum fuiſſe, nec unquam à majoribus ipſius poſſeſſum, ut ita ceſſante juris conſtituti cauſa in perſona emptoris, ipſum jus conſtitutum meritò ceſſet; ſimiliter nec venditorem jure illo gaudere, tum quod dominio loci per vendtionem ſe abdicarit, nec dominii ſed pignoris jure, inventi theſauri tempore domum tenuerit *l. 14. §. 1. de furt. l. 13 §. 8. de actionib. empt. l. 22. de hæredit. vel act. vend.* tum quod domus vendita penes venditoris majores ſucceſſivè non fuerit, ſed modo ab his modo ab illis inhabitata.

Ideoque tum emptore tum venditore remotis, ſibi ſoli pecuniam inventam, inventionis jure deberi, per text. *in l. nunquam 31.*

§.1. de acquir.rer.domin. ubi Paulus ejus eſſe, inquit, qui invenit, quod alterius non ſit; Siquidem quod nullius eſt, naturali ratione occupanti cedit per regulam Caii traditam *in l. 3. ff. de acquir. rer. dom.* declaratam exemplo feræ beſtiæ in alieno captæ, & gemmæ in littore maris inventæ: fera beſtia licet in alieno ſolo capta ſit, capienti cedit *d.l.3. §.1. de rer. acq. rer. dom §. fera Inſtit. de rer. diviſ.* ſimiliter lapilli & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, in totum occupanti conceduntur, *l.3 ff. de rer. diviſ. l.1. §.1. de acquirend. poſſeſſ.* quod enim nullius eſt, naturali ratione occupanti cedit *d.l.3. ff. de acquiren. rer. dom. & d. § fera, Inſtit. de rer. diviſ.* Atqui Theſaurum rebus ejuſmodi annumerari, ac pro re nullius haberi, teſtis eſt Paul. *in l 31. §. 1. de acquir. rer. dom. cui concord l unic. C. de Theſaur.*

Urgebatur & illud ex parte inventoris, quod Theſaurus donum ſit fortunæ *l.63. de acquir. rer. dom.* & beneficium Dei uti appellat Imper. Leo *in dict. l. unic. Cod. de Theſaur.* ut ita valde ſit inhumanum, & invidum, homini invidere, quod Deus ipſi proviſum voluit. Ideoque Theſaurum inventum meritò relinquendum illi, cui Deus illum conceſſerit, ac digito quaſi monſtrarit, & cujus tempore potius, quam alio illum inveniri voluit.

Ex parte venditoris, negabatur *primò* pecuniam inventam pro Theſauro, pro ut *in l. unic. Cod. de Theſaur.* & quando de acquirendo dominio agitur accipi ſolet habendam, adeoque jura de inventione Theſauri, & acquirendo ejus dominio conſtituta huc non pertinere. Etſi enim Theſaurus omnem aliàs quæ in futurum recondita eſt pecuniam ſignificet, nec minus ea quæ recens abſcondita fuit, ita ut dominus ipſius jamdum exter & notus ſit, quàm quæ antiquitus cujuſque dominus ignoratur, theſauri appellatione veniat ut præter nominis notationem (dicitur enim quaſi θεὶς εἰς αὔριον poſitus in craſtinum) probatur *ex l. item Labeo 22. ff famil. herciſcund. l. 44. de acquiren. poſſeſſ. l. 15. ad exhibend.* ſi tamen de acquirendo rerum dominio, adeoque de acquiſitione Theſauri, ſit quæſtio, requiri adhuc aliud, nempe ut nemo ſit qui illum ſuũ dicat, & ut pro re nul-

lius,

ſive, pro derelicto, habeatur; Atqui talem pecuniæ inventæ qualitatem ab Adverſariis, vel inventore, vel emptore, doceri non poſſe, pro ut illis incumbat atteſtante Sixtino conſiliorum Marpurgenſium *libr. primo conſil. 13. numer. 23.* poſt Fabr. Socin. & alios ibi allegatos, quippe cum præſumptio ſit pro venditore (quod n. in re mea invenitur meum præſumitur) adeoque onus probandi in adverſarium transferat, prout & aliàs affirmanti probatio incumbit *l. 1. de probat. l. 16. C. eod.*

Immò pecuniam litigioſam, non eſſe Theſaurum, facilè monſtrari poſſe, utcunque aliàs à parte negante probatio non deſideretur per jura vulgò nota. Ut enim ſit Theſaurus requiri, pecuniam antiquis temporibus fuiſſe depoſitam, & ultra hominum memoriam latuiſſe, nec dominum habere *l. nunquam 31. §. 1. de acquiren. rer. domin.*

Atqui pecuniam litigioſam quod attinet, ejus depoſitionem hominum memoriam non excedere, cum domus, in qua fuit inventa, ultra ſexaginta vel ſeptuaginta annos non ſteterit, adeoque nec dominum ignorari, cum à majoribus ſuis domus illa de novo ſit extructa, ac proinde ab illis pecunia illuc abſcondita præſumatur; quod enim in ædibus fit per inhabitantes factum eſſe præſumitur argumento *l. 11 ff. de pericul & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* & quæ in ædibus tuis inveniuntur, tua eſſe judicentur per ea quæ allegat Speculat. *in tit. de furt. n. 14 lib. 4.* Sixtin. *d. conſil. 13. n. 26. cum ſeq.*

Nec officere in præſumptionibus illa eſſe poſita ſiquidem propter præſumptionem, quis ſatis probaſſe cenſeatur, dum ab adverſario non docetur contrarium, per *text. in l. penult. C. qui militar. poſſeſſ. vel non*, ubi gloſſ. Alciat. de præſumpt. *reg. 3. præſumpt. 21. n. 2.* Sixtin. *d. conſ. 13. n. 38. cum ſeq.*

Nec ad dominii probationem apodicticas requiri demonſtrationes, ſed poſſe dominia rerum meris etiam inditiis probari, per textum *in leg. inditia, Cod. de rei vendicat.* & tradita à Menoch. *de arbitr.*

arbit.iud.quaſt.lib.2.caſ.42. cum in dubio & incertitudine probationum (cujuſmodi etiam eſt dominii probatio *juxt. Menoch. d.loc.n.1.*) per conjecturas liquidiſſima probatio inducatur *per tex.in l.licet 74. de legat.prim.* & tradita à Sextin.*d.conſ.13.n.36.*

Quibus ſic ſtantibus, & in facto poſitis, clara & aperta pro venditore extaret deciſio *in l.67 ff.de rei vendicat.* ubi cum quis à tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxiſſet, iſque pecuniam inveniſſet, & quæreretur, ad quem pertineat? reſponſum fuit, ſi non theſauri fuerunt, ſed pecunia fortè deperdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, ejus illam permanere, cujus antea fuerat. Concordat *l.31. §.1. de acquir.rer.domin.* ubi Paulus ſi quis, inquit, aliquid, vel lucri cauſa, vel metus, vel cuſtodiæ, condiderit ſub terra, non eſt theſaurus, cujus etiam furtum fit. Illuſtre hujus rei exemplum ex Jaſone refert Duaren. *ad l.3. §.Neratius, de acquirend.poſſeſſ.* & in comment. ad titu. Digeſtorum *de acquir.rer.domin. cap. 4.* mercator quidam quatuor millia ducatorũ, majoris ſecuritatis cauſa, & quo tutius per mare transferri poſſent, pilæ ceræ incluſerat, eo mortuo, filius, hujus rei ignarus, ceram illã inſtitori, inſtitor Aromatario vendidit, à quo cum inibi inventa eſſet pecunia, ac quæreretur cujuſnam ſit, prioris mercatoris filio illam reſtituendam eſſe deciſum fuit, deſumpta decidendi ratione *ex d.l.67.ff.de rei vendicat.& d.l.31.§.1.de acquir.rer.domin.* Conſimilis extat deciſio, caſus haud abſimilis, & in terminis terminantibus, ut loquuntur conſ. Marpurg. *lib.1.conſ.13.per tot.* ubi conſimiliter, pro venditore reſponſum, & pecunia inventa ipſi adjudicata fuit, inventore emptoreque remotis, & ad reſtitutionem condemnatis.

Poſito, pecuniam inventam antiquiſſimis temporibus fuiſſe depoſitam, ita ut ejus memoria non extet, nec dominium, qui ſciatur, habeat; nihilo tamen minus ſibi illam deberi venditor cõtendebat: ſiquidem (quod eſt ſecundum ex parte venditoris allatum argumentum) theſaurum inventum, domino loci, vel in totum vel pro parte, prout ipſe vel tertius quis invenit, cedere, juris eſt notiſſimi, ut conſtat *ex l.unic.C.de Theſaur.& §.Theſauros, Inſtitut. de rer.*

rer. diviſ. Atqui venditorē in caſu propoſito inventionis tēpore dominiū domus in qua theſaurus invētus fuit, adhuc extitiſſe, negari nō poſſe, ſiquidē pactis, & conventionib. dominia rerū non transferunt text. eſt generalis *in l. 20. C. de pact.* & in ſpecie, de venditione, & ꝙ per illam, ſolam, traditione non ſubſecuta, dominium in emptorē non transferatur, extat text. *in § 3. circa fin. Inſtit. de contrah. empt.* ubi Juſtinian. qui nondum, inquit, res emptori tradidit adhuc ipſe dominus eſt, concordat *l. 40 ff. de action. empt. l ſi pater 8. C. eod. l ſi ager 50. ff. de rei vendic. l. ſervum 27. C. eod. l. qui tibi 3. C. de his qui à non dom. manum. ſunt*; nec dari poteſt textus contrarius, ubi ante traditionem dominium rei venditæ emptori aſſeratur.

Idque adeò verum perhibetur, ut ſi nolit rem tradere venditor, præcisè ad id non cogatur, ſed ſibi illam, præſtando intereſſe, retinere poſſit; uti poſt Johannem & Bulgar. antiquios gloſſatores tenet Socin. *in l 9 ff de reb cred ſi cert. petat.* Alciat. *ad l. unic. C. de ſenten. quæ pro eo quod intereſt proferunt.* Vaud *1. quæſtion. 9.* Fachin. *libr. 2 controverſ. cap. 30* Gœdd. *de contrah. ſtipulat. cap. 9. concluſ. 4. nu. 65. cum ſeqq. per l. 1. l. 11. in prin. junct. § idem ait non tradentem, l. 12. ff. de actionib. empt. l. 4. C. eod. l. 10 quibus mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. 6 C. de hered. vel act. vendit. l. 17. Cod. de fide inſtrument.* Urget *præterea* æquitatis rationem. Naturâ æquum eſt, ut cujus eſt damnum & incommodum ejuſdem & ſit commodum *l. 10. de regul. jur.* Atqui ad venditorem pertinere omne damnum & incommodum, ante traditionem rei venditæ contingens, ita ut ſi res vendita ante traditionem pereat, emptori precium, ſi quod ſolvit, reſtituendum, aut nondum ſolutum remittendum ſit, uti diſputat, & concludit Cujac. *libr. 8. ad African. exponens l. 33. locat.* quem ſequuntur Vult. *in comment. Inſtitut. de empt. & vend. num. 71.* Borch. *ad § 3. ejuſdem tituli,* Bocer *diſputation. claſſ. 1. diſput. 4. th. 79. per text. in l. ſi fundus 33. locat. l. 4, l. 12. l. 13. l. 14. de pericul. & comm. rei vend.*

Quartò valde iniquum eſſe aſſerit emptorem ditari, cum damno venditoris *l. 14. de condict. indeb. l. 36 de verb. obligation.* maximè in contractu bonæ fidei, *l. 4. C. de obligat. & action. l. 6. C. de contrahen.*

empt. cujuſmodi eſt emptionis venditionis contractus *§. actionum, Inſtit. de actionib. l. 3. l. 5. C. de reſcind. vend.*

Quintò, urget regulam in Acceſſionibus dominiique jure acceſſionis acquirendi vulgatam, quâ dicitur, quod adjunctum cedat ſuo ſubjecto, & quod is qui rei eſt dominus, ſit etiam dominus ejus, quod rei iſtius occaſione provenit, unde cum theſaurus ſit loci beneficium, ejuſque adjunctum & acceſſio, utique domino loci, qualis in caſu propoſito venditor exiſtit, cedat neceſſe eſt, pro ut purpura acceſſionis vice cedit veſtimento *§. ſi tamen, Inſtit. de rer. diviſ.* ædificium areæ *§. cum in ſuo, §. ex diverſo*, planta ſolo *§ ſi Titius*, ſata agro *§. qua ratione*, itemque literæ, licet aureæ ſint, chartis membranisve *§ litera, Inſtit. eod.*

Sextò, quæ ignorantur venditionis tempore, non cenſentur ſimul eſſe vendita, ſed reſtituenda ſunt venditori *l. 77. Digeſt. de contrahend. empt.*

Septimò, quod juris eſt in contractu Locationis conductionis, idem etiam erit in contractu emptionis venditionis, maximam quippe inter ſe familiaritatem habent, iiſdemque juris regulis conſiſtunt *leg. 2. Digeſt. locat. princip. Inſtitut. eodem.* unde & frequens eſt horum contractuum inter ſe collatio *§. 1. Inſtitut. de locat. conduct. l. 22. l ſi fundus 33. ff eod. l. 5. §. 4 ff. de actionib. empt.* Cujac. *tract. 8. ad African. in expoſitione l. 33 locat.*

Atqui circa locationem receptum eſt, ut penſio augeatur, ſi conductor maximum lucrum ſentiat, ut ſentit gloſſ. *in l ſi merces §. vis major. Locat.* per illum textum *& leg. 2. Cod. de Alluvionibus & paludibus.*

Ergo & in venditione idem ſtatuendum eſt; & conſequenter Theſaurus inventus emptori, lucro non cedet, nec cum venditoris damno emptor ditari debebit; Quo argumento pro venditore

ditore ejuſque patrocinio utitur Ludov. Roman. *ad l. ſi quis cum aliter 36. de verbor. obligat.* allegatus à Fachin. *2 controv. 20.* Arumæo *deciſ. 1. num. 11 cum ſeq.*

Octavò, ultra dimidium juſti precii læſus venditor adverſus emptorem agere poteſt, ut res vendita reſtituatur, vel quod deeſt juſto precio ſuppleatur, *leg. 2. Cod. de reſcind. vendit.* Atqui in caſu propoſito venditorem longè ultra dimidium juſti precii læſum eſſe, habita ratione theſauri, eoque inter fructus rei venditæ connumerato, pro ut ejus ratio merito ſit habenda, quippe cum in dijudicanda læſione, æſtimatio ſecundum tempus contractus, qualis tum fuerit, ineatur, licet occulta fuerit rei qualitas, & minimè patens *leg. 8. in fin. Cod. de reſcindend. vendit. l. 3. §. 5. de jur. fiſc.*

Quo eodem argumento pro venditore uſus fuit Roman. *loco ſupra allegato.*

Denique cum certa ſit juris regula Theſaurum in alieno loco inventum pro dimidia ejus parte domino loci cedere, ſi caſu à tertio ſit repertus, nec in perſona venditoris, ad traditionem uſque dominium retinentis, exceptio doceri poſſit, Nec etiam textus dari, quo emptoris eſſe dicatur, utique ſecundum regulam allegatam venditori, ceu domino, adjudicando eſſe nummos in litem deductos.

Pro emptore affertur *primò leg. 67. de rei vendicat.* ubi Theſaurus in domo recenter empta inventus (ipſi emptori adjudicatur) niſi poſſit doceri, pecuniam inventam fuiſſe perditam, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablatam. Atqui in caſu præſenti venditorem probare non poſſe, quod pecunia inventa fuerit deperdita, vel per errorem à ſe aut ſuis neglecta.

rum, & illam, ſine diſtinctione, annuam pronunciet. At ſi legem illam, quâ tantopere nituntur diſſentientes, recte intueamur, non de omni illam injuria, ſed de verbali tantum, quam prætor vindicat, loqui deprehendemus. Agitur enim ibi de objecto homicidii crimine, & actione inde intentatâ, quæ utique prætoria eſt, ideoque annua; Sanè non loquitur ibi prætor, ſed princeps, cujus reſcripta, pars juris civilis potiſſima habentur, pro ut contra reſponſionem datam regerunt autores dicti conſilii Altorfini, at inde non ſequitur, quod proinde in caſu *d.l.ſ.* de civili injuriarum actione agatur, cum quod prætor edixit, ab Imperatoribus ad propoſitam ipſis facti ſpeciem accommodetur.

Nec verba *cum injuriarum actio annuo tempore præſcripta ſit*, continent rationem à genere deſumptam, pro ut alii textum illum inducunt, & reſponſionem datam infringere conātur, ſiquidem verba illa, non eo, quo illi putant ſenſu, accipienda ſunt, quaſi dicant Impp. injuriarium actionem annuo tempore præſcribi, ideoq; cum ex crimine, de quo ibi agitur intra annum non ſit actum, nullū amplius actioni locum fore; ſed hæc eſt ſententia, quod cum poſt convicium objectum integer annus exceſſerit, actio, quæ aliàs injuriato competiiſſet, per lapſum tanti temporis ſit præſcripta, ideoq; cum effectu repeti non poſſit, pro ut hanc Imperatorum mentem & argumentationem ipſa legis verba ſatis apertè demonſtrant cum non dicant *actionem injuriarum in hypotheſi propoſitam ceſſare, quia actiones injuriarum annuo tempore præſcribantur & intra annum actum non ſit*, ſed *cum injuriarum actio annuo tempore præſcripta ſit*, inquiunt, *ob injuria admiſſum conveniri non potes*.

Atq; ita ſalvum & immotum manet ſuperioris noſtri reſponſi fundamentum, ſimul & ſatisfactum *primò* contrariæ ſententiæ argumento, quod deſumebatur *ex l. ſ. C. de injur.*

Non majoris eſt importantiæ *ſecunda* dubitandi ratio; nec enim ullibi generaliter de actione injuriarum aſſeritur, annuo illam tempore finiri ſed ubi hoc dicitur de actione injuriarum prętoria id dici animi advertemus. Contra vero cū certa & generalis ſit regula, civiles &

les & quæ ex legibus proficiſcuntur actiones, eſſe perpetuas, traditâ *in prin. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* nec ullibi excepta inveniatur injuriarum actio ex lege Cornelia deſcendens, utique ſtandum erit regulæ, nec exceptio non probata admitti debebit.

Nec, ut *tertio* putabatur, deeſt diverſitatis ratio, cur injuriarum actio ex cõvicio verborum orta anno finiatur, ea verò, quæ ex pulſatione oritur, perpetua eſſe debeat; cũ enim injuriam verbalem prætor vindicet, & vero ex prætoris edicto omnes actiones prætoriæ pœnales anno, quia prætorum juriſdictio tantum annua fuit, terminentur, *l. in honorariis 35. de obligat. & actionib. princip. Inſtit. de perpet. & temporal. action.* utique & illam eſſe annalem conſequens eſt: ut taceam Reales injurias longe eſſe atrociores & intolerabiliores, ideoque mirum videri non debere, longiora tempora illarum perſecutioni indulta fuiſſe.

Unde & patet, ſitne, ut *quartò* opponebatur, eadem utriuſque actionis, prætoriæ & civilis, ratio. Nec quicquam urget, quod odia ſint reſtringenda, non enim eſt interpretum, extra legem ſibi ſumere reſtringendi licentiam: ut taceam quod etſi injuriarum actio, reſpectu injuriantis, & intuitu pœnæ, quæ ipſi petitur infligi, odioſa ſit, actoris tamen intuitu, ut ei ob acceptam injuriam ſatisfiat, & qualem qualem accipiat recompenſam favorabilis exiſtat.

Quod *quinto* ab utilitate Reipublic. & tranquillitate fori deſumebatur argumentum, nihil ad conſtitutionem juris confert, ſi non accedat legiſlatoris autoritas, per ea quæ ſupra diſcurſu ſecundo fusè diſſeruimus; nec minus etiam intereſt Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quam ut Privilegio temporis muniantur, & dignis eximantur pœnis *l. ita vulneratus 51. §. 2. l. ad l. Aquil. l. 18. in princ. ff. de injur. & famoſ. libell.*

Eadem infirmitate laborat *ſextum* contrariæ opinionis argumentum; læſis ſanè id inculcare licet, ut attenta charitate, quam Chriſtianus Chriſtiano debet ad remittendã potius, quam ad perſequendam injuriam ſint propenſiones, at nolentibus inde imperari

N 2 non

Digitized by Google

non poteſt; nec in caſu dubio, ubi benignior & humanior ſententia præferenda venit, verſamur, ſed in re certa, certo & indubitato jure definita.

Ad hæc Chriſtianorum manſuetudo & charitas eo uſque extendenda non eſt, ut rei juſto eximantur ſupplicio; nec minus expedit Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quàm ut humanitatis beneficia in eos conferantur, & privilegio temporis muniantur, argumento accuſationum criminalium, quarum pleræque non niſi viginti annorum exceptione excluduntur: *l querela 12. C. ad l. Cornel. de falſ.*

Unde & ſeptimum à favore Rei deſumptum argumentum ſponte corruit attentis his, quæ ad argumentum proximè præcedens reſpondimus & quæ circa quartam dubitandi rationem ſuperius notavimus facit, quod favore & beneficio dignus cenſeri nequeat, qui in alium maleficus, ac injurius eſſe maluit.

Similiter ne Actoris negligentia Reo abſolutionem parit, prout circa *octavā* dubitandi rationem conſiderabatur. Etſi enim propter negligentiam non agentium præſcriptionum jura ſint introducta, ut tamen hoc vel illo tempore, ut longiori, vel breviori ſpacio, hæc vel illa actio præſcribatur, ex legiſlatoris autoritate, ejuſq; determinatione dependet.

Quod *nono* de Autoritate communium opinionum afferebatur, ſolidè refutatur ex his quę ſuprà deciſione prima diſputavimus, ubi ſolidiſſimè oſtendimus communes opiniones interpretum neceſſariam autoritatem non habere; nec judicem adſtrictum eſſe illas in judicando ſequi, ut taceam non deeſſe, qui contrariam opinionem judicent eſſe communiorem, uti facit Balb. *in tract. de præſcrip. part. 4. partis quartæ principal. qu. 1. §. 4.*

Idem de præjudiciis, pro aſſerenda annali pręſcriptione *ultimo* relatis judicandum; non enim exemplis ſed legibus judicari oportet. Et, ſi præjudiciis pugnandum foret, longe nobilius extat apud Mynſing. *5. obſerv. 7.* ubi refert ab Adſeſſoribus Cameræ Imperialis in duabus cauſis ita judicatum fuiſſe; Nec quæ contra illud Cameræ

Impe-

Imperialis præjudicium ab Autoribus dicti conſilii Altorfini 43. §. *quodſi quis*, diſputantur tanti ſunt momenti, ut aliâ aliarum curiarum præjudicia, illi præferri debeant, uti cuivis in foro verſanti conſtat, & patebit ex his quæ de Autoritate præjudiciorum Cameralium alibi dicemus.

DECISIO NONA.

Cuinam cedat Theſaurus in domo vendita ante traditionem inventus?

Titius domum ſuam Cajo mille florenis vendiderat, venditore adhuc inhabitante, re nondum tradita, nec precio numerato, à quodam venditoris famulo olla nummis plena in foramine parietis caſu inventa fuit. Quæſitum cui cedat pecunia reperta?

Sibi ſoli pecuniam illam deberi inventor contendebat; Nec quod Theſauri inventi portio ex conſtituto, Leonis in *l* unica, C. de Theſauris, domino loci deputatur, ad caſum præſentem pertinere adeoque nec emptorem nec venditorem eo jure niti poſſe, Nō emptorem, ſiquidem quod Theſaurus pro parte domino loci cedat, eam id fieri ob cauſam, quia veriſimiliter præſumitur à majoribus ejus proveniſſe; atqui locum Theſauri inventi jam primum emptori venditum fuiſſe, nec unquam à majoribus ipſius poſſeſſum, ut ita ceſſante juris conſtituti cauſa in perſona emptoris, ipſum jus conſtitutum meritò ceſſet; ſimiliter nec venditorem jure illo gaudere, tum quod dominio loci per vendtionem ſe abdicarit, nec dominii ſed pignoris jure, inventi theſauri tempore domum tenuerit *l. 14. §. 1. de furt. l. 13 § 8. de actionib. empt. l. 22. de hæredit. vel act. vend.* tum quod domus vendita penes venditoris majores ſucceſſivè non fuerit, ſed modo ab his modo ab illis inhabitata.

Ideoque tum emptore tum venditore remotis, ſibi ſoli pecuniam inventam, inventionis jure deberi, per text. *in l. nunquam 31.*

§.1. de acquir. rer. domin. ubi Paulus ejus eſſe, inquit, qui invenit, quod alterius non ſit; Siquidem quod nullius eſt, naturali ratione occupanti cedit per regulam Caii traditam *in l. 3. ff. de acquir. rer. dom.* declaratam exemplo feræ beſtiæ in alieno captæ, & gemmæ in littore maris inventæ: fera beſtia licet in alieno ſolo capta ſit, capienti cedit *d. l. 3. §. 1. de rer. acq. rer. dom §. feræ Inſtit. de rer. diviſ.* ſimiliter lapilli & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, in totum occupanti conceduntur, *l. 3 ff. de rer. diviſ. l. 1. §. 1. de acquirend. poſſeſſ.* quod enim nullius eſt, naturali ratione occupanti cedit *d. l. 3. ff. de acquiren. rer. dom. & d. §. feræ, Inſtit. de rer. diviſ.* Atqui Theſaurum rebus ejuſmodi annumerari, ac pro re nullius haberi, teſtis eſt Paul. *in l 31. §. 1. de acquir. rer. dom. cui concord. l unic. C. de Theſaur.*

Urgebatur & illud ex parte inventoris, quod Theſaurus donum ſit fortunæ *l. 63. de acquir. rer. dom.* & beneficium Dei uti appellat Imper. Leo *in dict. l. unic. Cod. de Theſaur.* ut ita valde ſit inhumanum, & invidum, homini invidere, quod Deus ipſi proviſum voluit. Ideoque Theſaurum inventum meritò relinquendum illi, cui Deus illum conceſſerit, ac digito quaſi monſtrarit, & cujus tempore potius, quam alio illum inveniri voluit.

Ex parte venditoris, negabatur *primò* pecuniam inventam pro Theſauro, pro ut *in l. unic. Cod. de Theſaur.* & quando de acquirendo dominio agitur accipi ſolet habendam, adeoque jura de inventione Theſauri, & acquirendo ejus dominio conſtituta huc non pertinere. Etſi enim Theſaurus omnem aliàs quæ in futurum recondita eſt pecuniam ſignificet, nec minus ea quæ recens abſcondita fuit, ita ut dominus ipſius jamdum extet & notus ſit, quàm quæ antiquitus cujuſque dominus ignoratur, theſauri appellatione veniat ut præter nominis notationem (dicitur enim quaſi θῆς εἰς αὔριον poſitus in craſtinum) probatur *ex l. item Labeo 22. ff famil. herciſcund. l. 44. de acquiren. poſſeſſ. l. 15. ad exhibend.* ſi tamen de acquirendo rerum dominio, adeoque de acquiſitione Theſauri, ſit quæſtio, requiri adhuc aliud, nempe ut nemo ſit qui illum ſuũ dicat, & ut pro re nullius,

ſive, pro derelicto, habeatur; Atqui talem pecuniæ inventæ qualitatem ab Adverſariis, vel inventore, vel emptore, doceri non poſſe, pro ut illis incumbat atteſtante Sixtino conſiliorum Marpurgenſium *libr. primo conſil. 13. numer. 23.* poſt Fabr. Socin. & alios ibi allegatos, quippe cum præſumptio ſit pro venditore (quod n. in re mea invenitur meum præſumitur) adeoque onus probandi in adverſarium transferat, pro ut & aliàs affirmanti probatio incumbit *l. 5. de probat. l. 16. C. eod.*

Immò pecuniam litigioſam, non eſſe Theſaurum, facilè monſtrari poſſe, utcunque aliàs à parte negante probatio non deſideretur per jura vulgò nota. Ut enim ſit Theſaurus requiri, pecuniam antiquis temporibus fuiſſe depoſitam, & ultra hominum memoriam latuiſſe, nec dominum habere *l. nunquam 31. §. 1. de acquiren. rer. domin.*

Atqui pecuniam litigioſam quod attinet, ejus depoſitionem hominum memoriam non excedere, cum domus, in qua fuit inventa, ultra ſexaginta vel ſeptuaginta annos non ſteterit, adeoque nec dominum ignorari, cum à majoribus ſuis domus illa de novo ſit extructa, ac proinde ab illis pecunia illuc abſcondita præſumatur; quod enim in ædibus ſit per inhabitantes factum eſſe præſutur argumento *l. 11 ff. de pericul & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* & quæ in ædibus tuis inveniuntur, tua eſſe judicentur per ea quæ allegat Speculat *in tit. de furt. n. 14 lib. 4.* Sixtin. *d. conſil. 13. n. 26. cum ſeq.*

Nec officere in præſumptionibus illa eſſe poſita ſiquidem propter præſumptionem, quis ſatis probaſſe cenſeatur, dum ab adverſario non docetur contrarium, per *text. in l penult. C. qui militar. poſſeſſ. vel non*, ubi gloſſ. Alciat. de præſumpt. *reg. 3. præſumpt. 21. n. 2.* Sixtin. *d. conſ. 13. n. 38. cum ſeq.*

Nec ad dominii probationem apodicticas requiri demonſtrationes, ſed poſſe dominia rerum meris etiam inditiis probari, per textum *in leg. inditia, Cod. de rei vendicat.* & tradita à Menoch. *de arbitr.*

arbit.iud.quaſt.lib.2.caſ.42. cum in dubio & incertitudine probationum (cujuſmodi etiam eſt dominii probatio *juxt. Menoch. d.loc.n.1.*) per conjecturas liquidiſſima probatio inducatur *per tex.in l.licet 74. de legat.prim.* & tradita à Sextin.*d.conſ.13.n.36.*

Quibus ſic ſtantibus, & in facto poſitis, clara & aperta pro venditore extaret deciſio *in l.67 ff.de rei vendicat.* ubi cum quis à tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxiſſet, iſque pecuniam inveniſſet, & quæreretur, ad quem pertineat? reſponſum fuit, ſi non theſauri fuerunt, ſed pecunia fortè deperdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, ejus illam permanere, cujus antea fuerat. Concordat *l.31. §.1.de acquir.rer.domin.* ubi Paulus ſi quis, inquit, aliquid, vel lucri cauſa, vel metus, vel cuſtodiæ, condiderit ſub terra, non eſt theſaurus, cujus etiam furtum fit. Illuſtre hujus rei exemplum ex Jaſone refert Duaren. *ad l.3. §.Neratius,de acquirend.poſſeſſ.* & in comment.ad titu. Digeſtorum *de acquir.rer.domin. cap. 4.* mercator quidam quatuor millia ducatorũ, majoris ſecuritatis cauſa, & quo tutius per mare transferri poſſent, pilæ ceræ incluſerat, eo mortuo, filius, hujus rei ignarus, ceram illã inſtitori, inſtitor Aromatario vendidit, à quo cum inibi inventa eſſet pecunia, ac quæreretur cujuſnam ſit, prioris mercatoris filio illam reſtituendam eſſe deciſum fuit, deſumpta decidendi ratione *ex d.l.67.ff.de rei vendicat.& d.l.31.§.1.de acquir.rer.domin.* Conſimilis extat deciſio, caſus haud abſimilis, & in terminis terminantibus, ut loquuntur conſ.Marpurg. *lib. 1.conſ.13.per tot.* ubi conſimiliter, pro venditore reſponſum, & pecunia inventa ipſi adjudicata fuit, inventore emptoreque remotis, & ad reſtitutionem condemnatis.

Poſito, pecuniam inventam antiquiſſimis temporibus fuiſſe depoſitam, ita ut ejus memoria non extet, nec dominium, qui ſciatur, habeat; nihilo tamen minus ſibi illam deberi venditor cõtendebat: ſiquidem (quod eſt ſecundum ex parte venditoris allatum argumentum) theſaurum inventum, domino loci, vel in totum vel pro parte, pro ut ipſe vel tertius quis invenit, cedere, juris eſt notiſſimi, ut conſtat *ex l.unic.C.de Theſaur.& §.Theſauros,Inſtitut. de*

rer.

rer. diviſ. Atqui venditorē in caſu propoſito inventionis tēpore dominū domus in qua theſaurus invētus fuit, adhuc extitiſſe, negari nō poſſe, ſiquidē pactis, & conventionib. dominia rerū non transferunt text. eſt generalis *in l. 20. C. de pact.* & in ſpecie, de venditione, & ꝙ per illam, ſolam, traditione non ſubſecuta, dominium in emptorē non transferatur, extat text. *in § 3. circa fin. Inſtit. de contrah. empt.* ubi Juſtinian. qui nondum, inquit, res emptori tradidit adhuc ipſe dominus eſt, concordat *l. 40 ff. de action. empt. l ſi pater 8. C. eod. l ſi ager 50. ff. de rei vendic. l. ſervum 27. C. eod. l. qui tibi 3. C. de his qui à non dom. manum. ſunt*; nec dari poteſt textus contrarius, ubi ante traditionem dominium rei venditæ emptori aſſeratur.

Idque adeò verum perhibetur, ut ſi nolit rem tradere venditor, præcisè ad id non cogatur, ſed ſibi illam, præſtando intereſſe, retinere poſſit; uti poſt Johannem & Bulgar. antiquios gloſſatores tenet Socin. *in l 9 ff. de reb cred ſi cert. petat.* Alciat. *ad l. unic. C. de ſenten. quæ pro eo quod intereſt proferunt.* Vaud *1. quæſtion. 9.* Fachin. *libr. 2 controverſ. cap. 30* Gœdd. *de contrah. ſtipulat. cap. 9. concluſ 4. nu. 65. cum ſeqq. per l. 1. l. 11. in prin. junct. § idem ait non tradentem, l. 12. ff. de actionib. empt. l. 4. C. eod. l. 10 quibus mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. 6 C. de hered. vel act. vendit. l. 17. Cod. de fide inſtrument.* Urget *præterea* æquitatis rationem. Naturâ æquum eſt, ut cujus eſt damnum & incommodum ejuſdem & ſit commodum *l. 10. de regul. jur.* Atqui ad venditorem pertinere omne damnum & incommodum, ante traditionem rei venditæ contingens, ita ut ſi res vendita ante traditionem pereat, emptori precium, ſi quod ſolvit, reſtituendum, aut nondum ſolutum remittendum ſit, uti diſputat, & concludit Cujac. *libr. 8. ad African. exponens l. 33 locat.* quem ſequuntur Vult. *in comment Inſtitut. de empt. & vend. num. 71.* Borch. *ad § 3. ejuſdem tituli,* Bocer *diſputation. claſſ. 1. diſput. 4. th. 79. per text. in l. ſi fundus 33. locat. l. 4, l. 12. l. 13. l. 14. de pericul. & comm. rei vend.*

Quartò valde iniquum eſſe aſſerit emptorem ditari, cum damno venditoris *l. 14. de condict. indeb. l. 36. de verb. obligation.* maximè in contractu bonæ fidei, *l. 4. C. de obligat. & action. l. 6. C. de contrahen.*

empt. cujuſmodi eſt emptionis venditionis contractus *§. actionum, Inſtit. de actionib. l. 3. l. 5. C. de reſcind. vend.*

Quintò, urget regulam in Acceſſionibus dominique jure acceſſionis acquirendi vulgatam, quâ dicitur, quod adjunctum cedat ſuo ſubjecto, & quod is qui rei eſt dominus, ſit etiam dominus ejus, quod rei iſtius occaſione provenit, unde cum theſaurus ſit loci beneficium, ejuſque adjunctum & acceſſio, utique domino loci, qualis in caſu propoſito venditor exiſtit, cedat neceſſe eſt, prout purpura acceſſionis vice cedit veſtimento *§. ſi tamen, Inſtit. de rer. diviſ.* ædificium areæ *§. cum in ſuo, §. ex diverſo*, planta ſolo *§ ſi Titius*, ſata agro *§. qua ratione*, itemque literæ, licet aureæ ſint, chartis membranisve *§ litera, Inſtit. eod.*

Sextò, quæ ignorantur venditionis tempore, non cenſentur ſimul eſſe vendita, ſed reſtituenda ſunt venditori *l. 77. Digeſt. de contrahend. empt.*

Septimò, quod juris eſt in contractu Locationis conductionis, idem etiam erit in contractu emptionis venditionis, maximam quippe inter ſe familiaritatem habent, iiſdemque juris regulis conſiſtunt *leg. 2. Digeſt. locat. princip. Inſtitut. eodem.* unde & frequens eſt horum contractuum inter ſe collatio *§. 1. Inſtitut. de locat. conduct. l. 22. l ſi fundus 33. ff eod. l. 5. §. 4 ff. de actionib. empt.* Cujac. *tract. 8. ad African. in expoſitione l. 33 locat.*

Atqui circa locationem receptum eſt, ut penſio augeatur, ſi conductor maximum lucrum ſentiat, ut ſentit gloſſ. *in l ſi merces §. vis major. Locat.* per illum textum *& leg. 2. Cod. de Alluvionibus & paludibus.*

Ergo & in venditione idem ſtatuendum eſt; & conſequenter Theſaurus inventus emptori, lucro non cedet, nec cum venditoris damno emptor ditari debebit; Quo argumento pro venditore

ditore ejuſque patrocinio utitur Ludov. Roman. *ad l. ſi quis cum aliter 36. de verbor. obligat.* allegatus à Fachin. *2 controv. 20.* Arumæo *deciſ. 1. num. 11 cum ſeq.*

Octavò, ultra dimidium juſti precii læſus venditor adverſus emptorem agere poteſt, ut res vendita reſtituatur, vel quod deeſt juſto precio ſuppleatur, *leg. 2. Cod. de reſcind. vendit.* Atqui in caſu propoſito venditorem longè ultra dimidium juſti precii læſum eſſe, habita ratione theſauri, eoque inter fructus rei venditæ connumerato, pro ut ejus ratio merito ſit habenda, quippe cum in dijudicanda læſione, æſtimatio ſecundum tempus contractus, qualis tum fuerit, ineatur, licet occulta fuerit rei qualitas, & minimè patens *leg. 8. in fin. Cod. de reſcindend. vendit. l. 3. §. 5. de jur fiſc.*

Quo eodem argumento pro venditore uſus fuit Roman. *loco ſupra allegato.*

Denique cum certa ſit juris regula Theſaurum in alieno loco inventum pro dimidia ejus parte domino loci cedere, ſi caſu à tertio ſit repertus, nec in perſona venditoris, ad traditionem uſque dominium retinentis, exceptio doceri poſſit, Nec etiam textus dari, quo emptoris eſſe dicatur, utique ſecundum regulam allegatam venditori, ceu domino, adjudicando eſſe nummos in litem deductos.

Pro emptore affertur *primò leg. 67. de rei vendicat.* ubi Theſaurus in domo recenter empta inventus (ipſi emptori adjudicatur) niſi poſſit doceri, pecuniam inventam fuiſſe perditam, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablatam. Atqui in caſu præſenti venditorem probare non poſſe, quod pecunia inventa fuerit deperdita, vel per errorem à ſe aut ſuis neglecta.

Digitized by Google

rum, & illam, ſine diſtinctione, annuam pronunciet. At ſi legem illam, quâ tantopere nituntur diſſentientes, recte intueamur, non de omni illam injuria, ſed de verbali tantum, quam prætor vindicat, loqui deprehendemus. Agitur enim ibi de objecto homicidii crimine, & actione inde intentatâ, quæ utique prætoria eſt, ideoque annua; Sanè non loquitur ibi prætor, ſed princeps, cujus reſcripta, pars juris civilis potiſſima habentur, pro ut contra reſponſionem datam regerunt autores dicti conſilii Altorfini, at inde non ſequitur, quod proinde in caſu *d.l.ſ.* de civili injuriarum actione agatur, cum quod prætor edixit, ab Imperatoribus ad propoſitam ipſis facti ſpeciem accommodetur.

Nec verba *cum injuriarum actio annuo tempore præſcripta ſit*, continent rationem à genere deſumptam, pro ut alii textum illum inducunt, & reſponſionem datam infringere conãtur, ſiquidem verba illa, non eo, quo illi putant ſenſu, accipienda ſunt, quaſi dicant Impp. injuriarum actionem annuo tempore præſcribi, ideoq; cum ex crimine, de quo ibi agitur intra annum non ſit actum, nullũ amplius actioni locum fore; ſed hæc eſt ſententia, quod cum poſt convicium objectum integer annus exceſſerit, actio, quæ aliàs injuriato competiiſſet, per lapſum tanti temporis ſit præſcripta, ideoq; cum effectu repeti non poſſit, pro ut hanc Imperatorum mentem & argumentationem ipſa legis verba ſatis apertè demonſtrant cum non dicant *actionem injuriarum in hypotheſi propoſitam ceſſare, quia actiones injuriarum annuo tempore præſcribantur & intra annum actum non ſit*, ſed *cum injuriarum actio annuo tempore præſcripta ſit*, inquiunt, *ob injuria admiſſum conveniri non potes.*

Atq; ita ſalvum & immotum manet ſuperioris noſtri reſponſi fundamentum, ſimul & ſatisfactum *primò* contrariæ ſententiæ argumento, quod deſumebatur *ex l. ſ. C. de injur.*

Non majoris eſt importantiæ *ſecunda* dubitandi ratio; nec enim ullibi generaliter de actione injuriarum aſſeritur, annuo illam tempore finiri ſed ubi hoc dicitur de actione injuriarum prętoria id dici animi advertemus. Contra vero cũ certa & generalis ſit regula, civiles &

les & quæ ex legibus proficiſcuntur actiones, eſſe perpetuas, tradità *in prin. Inſtit. de perpet. & tempor. action.* nec ullibi excepta inveniatur injuriarum actio ex lege Cornelia deſcendens, utique ſtandum erit regulæ, nec exceptio non probata admitti debebit.

Nec, ut *tertio* putabatur, deeſt diverſitatis ratio, cur injuriarum actio ex cõvicio verborum orta anno finiatur, ea verò, quæ ex pulſatione oritur, perpetua eſſe debeat; cũ enim injuriam verbalem prætor vindicet, & vero ex prætoris edicto omnes actiones prætoriæ pœnales anno, quia prætorum juriſdictio tantum annua fuit, terminentur, *l. in honorariis 35. de obligat, & actionib. princip. Inſtit. de perpet. & temporal. action.* utique & illam eſſe annalem conſequens eſt: ut taceam Reales injurias longe eſſe atrociores & intolerabiliores, ideoque mirum videri non debere, longiora tempora illatum perſecutioni indulta fuiſſe.

Unde & patet, ſitne, ut *quartò* opponebatur, eadem utriuſque actionis, prætoriæ & civilis, ratio. Nec quicquam urget, quod odia ſint reſtringenda, non enim eſt interpretum, extra legem ſibi ſumere reſtringendi licentiam: ut taceam quod etſi injuriarum actio, reſpectu injuriantis, & intuitu pœnæ, quæ ipſi petitur infligi, odioſa ſit, actoris tamen intuitu, ut ei ob acceptam injuriam ſatisfiat, & qualem qualem accipiat recompenſam favorabilis exiſtat.

Quod *quinto* ab utilitate Reipublic. & tranquillitate fori deſumebatur argumentum, nihil ad conſtitutionem juris confert, ſi non accedat legiſlatoris autoritas, per ea quæ ſupra diſcurſu ſecundo fusè diſſeruimus; nec minus etiam intereſt Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quam ut Privilegio temporis muniantur, & dignis eximantur pœnis *l. ita vulneratus 51. §. 2. l. ad l. Aquil. l. 19. in princ. ff. de injur. & famoſ. libell.*

Eadem infirmitate laborat *ſextum* contrariæ opinionis argumentum; læſis ſanè id inculcare licet, ut attenta charitate, quam Chriſtianus Chriſtiano debet ad remittendã potius, quam ad perſequendam injuriam ſint propenſiones, at nolentibus inde imperari

Digitized by Google

non poteſt; nec in caſu dubio, ubi benignior & humanior ſententia præferenda venit, verſamur, ſed in re certa, certo & indubitato jure definita.

Ad hæc Chriſtianorum manſuetudo & charitas eo uſque extendenda non eſt, ut rei juſto eximantur ſupplicio; nec minus expedit Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quàm ut humanitatis beneficia in eos conferantur, & privilegio temporis muniantur, argumento accuſationum criminalium, quarum pleræque non niſi viginti annorum exceptione excluduntur: *l querela 12. C. ad l. Cornel. de falſ.*

Unde & ſeptimum à favore Rei deſumptum argumentum ſponte corruit attentis his, quæ ad argumentum proximè præcedens reſpondimus & quæ circa quartam dubitandi rationem ſuperius notavimus facit, quod favore & beneficio dignus cenſeri nequeat, qui in alium maleficus, ac injurius eſſe maluit.

Similiter ne Actoris negligentia Reo abſolutionem parit, prout circa *octavā* dubitandi rationem conſiderabatur. Etſi enim propter negligentiam non agentium præſcriptionum jura ſint introducta, ut tamen hoc vel illo tempore, ut longiori, vel breviori ſpacio, hæc vel illa actio præſcribatur, ex legislatoris autoritate, ejuſq; determinatione dependet.

Quod *nono* de Autoritate communium opinionum afferebatur, ſolidè refutatur ex his quę ſuprà deciſione prima diſputavimus, ubi ſolidiſſimè oſtendimus communes opiniones interpretum neceſſariam autoritatem non habere, nec judicem adſtrictum eſſe illas in judicando ſequi, ut taceam non deeſſe, qui contrariam opinionem judicent eſſe communiorem, uti facit Balb. *in tract. de præſcrip. part. 4. partis quartæ principal. qu. 1. §. 4.*

Idem de præjudiciis, pro aſſerenda annali pręſcriptione *ultimo* relatis judicandum; non enim exemplis ſed legibus judicari oportet. Et, ſi præjudiciis pugnandum foret, longe nobilius extat apud Mynſing. *5. obſerv. 7.* ubi refert ab Adſeſſoribus Cameræ Imperialis in duabus cauſis ita judicatum fuiſſe; Nec quæ contra illud Cameræ

Impe-

Imperialis præjudicium ab Autoribus dicti conſilii Altorfini 43. *§. quodſi quis*, diſputantur tanti ſunt momenti, ut aliâ aliarum curiarum præjudicia, illi præferri debeant, uti cuivis in foro verſanti conſtat, & patebit ex his quæ de Autoritate præjudiciorum Cameralium alibi dicemus.

DECISIO NONA.

Cuinam cedat Theſaurus in domo vendita ante traditionem inventus?

Titius domum ſuam Cajo mille florenis vendiderat, venditore adhuc inhabitante, re nondum tradita, nec precio numerato, à quodam venditoris famulo olla nummis plena in foramine parietis caſu inventa fuit. Quæſitum cui cedat pecunia reperta?

Sibi ſoli pecuniam illam deberi inventor contendebat; Nec quod Theſauri inventi portio ex conſtituto, Leonis in *l* unica, C. de Theſauris, domino loci deputatur, ad caſum præſentem pertinere adeoque nec emptorem nec venditorem eo jure niti poſſe, Nō emptorem, ſiquidem quod Theſaurus pro parte domino loci cedat, eam id fieri ob cauſam, quia veriſimiliter præſumitur à majoribus ejus proveniſſe; atqui locum Theſauri inventi jam primum emptori venditum fuiſſe, nec unquam à majoribus ipſius poſſeſſum, ut ita ceſſante juris conſtituti cauſa in perſona emptoris, ipſum jus conſtitutum meritò ceſſet; ſimiliter nec venditorem jure illo gaudere, tum quod dominio loci per venditionem ſe abdicarit, nec dominii ſed pignoris jure, inventi theſauri tempore domum tenuerit *l. 14. §. 1. de furt. l. 13 § 8. de actionib. empt. l. 22. de hæredit. vel act. vend.* tum quod domus vendita penes venditoris majores ſucceſſivè non fuerit, ſed modo ab his modo ab illis inhabitata.

Ideoque tum emptore tum venditore remotis, ſibi ſoli pecuniam inventam, inventionis jure deberi, per text. *in l. nunquam 31.*

§.1. de acquir. rer. domin. ubi Paulus ejus eſſe, inquit, qui invenit, quod alterius non ſit; Siquidem quod nullius eſt, naturali ratione occupanti cedit per regulam Caii traditam *in l. 3. ff. de acquir. rer. dom.* declaratam exemplo feræ beſtiæ in alieno captæ, & gemmæ in littore maris inventæ: fera beſtia licet in alieno ſolo capta ſit, capienti cedit *d. l. 3. §. 1. de rer. acq. rer. dom §. fera Inſtit. de rer. diviſ.* ſimiliter lapilli & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, in totum occupanti conceduntur, *l. 3 ff. de rer. diviſ. l. 1. §. 1. de acquirend. poſſeſſ.* quod enim nullius eſt, naturali ratione occupanti cedit *d. l. 3. ff. de acquiren. rer. dom. & d. § fera, Inſtit. de rer. diviſ.* Atqui Theſaurum rebus ejuſmodi annumerari, ac pro re nullius haberi, teſtis eſt Paul. *in l 31 §. 1. de acquir. rer. dom. cui concord l unic. C. de Theſaur.*

Urgebatur & illud ex parte inventoris, quod Theſaurus donum ſit fortunæ *l. 63. de acquir. rer. dom.* & beneficium Dei uti appellat Imper. Leo *in dict. l. unic. Cod. de Theſaur.* ut ita valde ſit inhumanum, & invidum, homini invidere, quod Deus ipſi proviſum voluit. Ideoque Theſaurum inventum meritò relinquendum illi, cui Deus illum conceſſerit, ac digito quaſi monſtrarit, & cujus tempore potius, quam alio illum inveniri voluit.

Ex parte venditoris, negabatur *primò* pecuniam inventam pro Theſauro, pro ut *in l. unic. Cod. de Theſaur.* & quando de acquirendo dominio agitur accipi ſolet habendam, adeoque jura de inventione Theſauri, & acquirendo ejus dominio conſtituta huc non pertinere. Etſi enim Theſaurus omnem aliàs quæ in futurum recondita eſt pecuniam ſignificet, nec minus ea quæ recens abſcondita fuit, ita ut dominus ipſius jamdum extet & notus ſit, quàm quæ antiquitus cujuſque dominus ignoratur, theſauri appellatione veniat ut præter nominis notationem (dicitur enim quaſi θὴς εἰς αὔριον poſitus in craſtinum) probatur *ex l. item Labeo 22. ff famil. herciſcund. l. 44. de acquiren. poſſeſſ. l. 15. ad exhibend.* ſi tamen de acquirendo rerum dominio, adeoque de acquiſitione Theſauri, ſit quæſtio, requiri adhuc aliud, nempe ut nemo ſit qui illum ſuũ dicat, & ut pro re nullius,

ſive, pro derelicto, habeatur; Atqui talem pecuniæ inventæ qualitatem ab Adverſariis, vel inventore, vel emptore, doceri non poſſe, pro ut illis incumbat atteſtante Sixtino conſiliorum Marpurgenſium *libr. primo conſil. 13. numer. 23.* poſt Fabr. Socin. & alios ibi allegatos, quippe cum præſumptio ſit pro venditore (quod n. in re mea invenitur meum præſumitur) adeoque onus probandi in adverſarium transferat, pro ut & aliàs affirmanti probatio incumbit *l. 5. de probat. l. 16. C. eod.*

Immò pecuniam litigioſam, non eſſe Theſaurum, facilè monſtrari poſſe, utcunque aliàs à parte negante probatio non deſideretur per jura vulgò nota. Ut enim ſit Theſaurus requiri, pecuniam antiquis temporibus fuiſſe depoſitam, & ultra hominum memoriam latuiſſe, nec dominum habere *l. nunquam 31. §. 1. de acquiren. rer. domin.*

Atqui pecuniam litigioſam quod attinet, ejus depoſitionem hominum memoriam non excedere, cum domus, in qua fuit inventa, ultra ſexaginta vel ſeptuaginta annos non ſteterit, adeoque nec dominum ignorari, cum à majoribus ſuis domus illa de novo ſit extructa, ac proinde ab illis pecunia illuc abſcondita præſumatur; quod enim in ædibus ſit per inhabitantes factum eſſe præſutur argumento *l. 11 ff. de pericul & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* & quæ in ædibus tuis inveniuntur, tua eſſe judicentur per ea quæ allegat Speculat. *in tit. de furt. n. 14 lib. 4.* Sixtin. *d. conſil. 13. n. 26. cum ſeq.*

Nec officere in præſumptionibus illa eſſe poſita ſiquidem propter præſumptionem, quis ſatis probaſſe cenſeatur, dum ab adverſario non docetur contrarium, per *text. in l. penult. C. qui militar. poſſeſſ. vel non*, ubi gloſſ. Alciat. de præſumpt. *reg. 3. præſumpt. 21. n. 2.* Sixtin. *d. conſ. 13. n. 38. cum ſeq.*

Nec ad dominii probationem apodicticas requiri demonſtrationes, ſed poſſe dominia rerum meris etiam inditiis probari, per textum *in leg. inditia, Cod. de rei vendicat.* & tradita à Menoch. *de arbitr.*

Digitized by Google

arbit.iud.quaſt.lib.2.caſ.42. cum in dubio & incertitudine probationum (cujuſmodi etiam eſt dominii probatio *juxt. Menoch. d.loc.n.1.*) per conjecturas liquidiſſima probatio inducatur *per tex.in l.licet 74. de legat.prim.* & tradita à Sextin.*d.conſ.13.n.36.*

Quibus ſic ſtantibus, & in facto poſitis, clara & aperta pro venditore extaret deciſio *in l.67 ff.de rei vendicat.* ubi cum quis à tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxiſſet, iſque pecuniam inveniſſet, & quæreretur, ad quem pertineat? reſponſum fuit, ſi non theſauri fuerunt, ſed pecunia fortè deperdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, ejus illam permanere, cujus antea fuerat. Concordat *l.31. §.1.de acquir.rer.domin.* ubi Paulus ſi quis, inquit, aliquid, vel lucri cauſa, vel metus, vel cuſtodiæ, condiderit ſub terra, non eſt theſaurus, cujus etiam furtum fit. Illuſtre hujus rei exemplum ex Jaſone refert Duaren. *ad l.3. §.Neratius, de acquirend.poſſeſſ.* & in comment.ad titu. Digeſtorum *de acquir.rer.domin. cap. 4.* mercator quidam quatuor millia ducatorũ, majoris ſecuritatis cauſa, & quo tutius per mare transferri poſſent, pilæ ceræ incluſerat, eo mortuo, filius, hujus rei ignarus, ceram illã inſtitori, inſtitor Aromatario vendidit, à quo cum inibi inventa eſſet pecunia, ac quæreretur cujuſnam ſit, prioris mercatoris filio illam reſtituendam eſſe deciſum fuit, deſumpta decidendi ratione *ex d.l.67.ff.de rei vendicat.& d.l.31.§.1.de acquir.rer.domin.* Conſimilis extat deciſio, caſus haud abſimilis, & in terminis terminantibus, ut loquuntur conſ.Marpurg. *lib.1.conſ.13.per tot.* ubi conſimiliter, pro venditore reſponſum, & pecunia inventa ipſi adjudicata fuit, invẽtore emptoreque remotis, & ad reſtitutionem condemnatis.

Poſito, pecuniam inventam antiquiſſimis temporibus fuiſſe depoſitam, ita ut ejus memoria non extet, nec dominium, qui ſciatur, habeat; nihilo tamen minus ſibi illam deberi venditor cõtendebat: ſiquidem (quod eſt ſecundum ex parte venditoris allatum argumentum) theſaurum inventum, domino loci, vel in totum vel pro parte, prout ipſe vel tertius quis invenit, cedere, juris eſt notiſſimi, ut conſtat *ex l.unic.C.de Theſaur.& §.Theſauros, Inſtitut. de rer.*

rer. diviſ. Atqui venditorē in caſu propoſito inventionis tēpore dominū domus in qua theſaurus invētus fuit, adhuc extitiſſe, negari nō poſſe, ſiquidē pactis, & conventionib. dominia rerū non transferunt: text. eſt generalis *in l. 20. C. de pact.* & in ſpecie, de venditione, & ꝙ per illam, ſolam, traditione non ſubſecuta, dominium in emptorē non transferatur, extat text. *in § 3. circa fin. Inſtit. de contrah. empt.* ubi Juſtinian. qui nondum, inquit, res emptori tradidit adhuc ipſe dominus eſt, concordat *l. 40 ff. de action. empt. l ſi pater 8. C. eod. l ſi ager 50. ff. de rei vendic. l. ſervum 27. C. eod. l. qui tibi 3. C. de his qui à non dom. manum. ſunt*; nec dari poteſt textus contrarius, ubi ante traditionem dominium rei venditæ emptori aſſeratur.

Idque adeò verum perhibetur, ut ſi nolit rem tradere venditor, præcisè ad id non cogatur, ſed ſibi illam, præſtando intereſſe, retinere poſſit; uti poſt Johannem & Bulgar. antiquios gloſſatores tenet Socin. *in l 9 ff. de reb cred. ſi cert. petat.* Alciat. *ad l. unic. C. de ſenten. quæ pro eo quod intereſt proferunt.* Vaud *1. quæſtion. 9.* Fachin. *libr. 2 controverſ. cap. 30* Gœdd. *de contrab. ſtipulat. cap. 9. concluſ 4. nu. 65. cùm ſeqq. per l. 1. l. 11. in prin. junct. §. idem ait non tradentem, l. 12. ff. de actionib. empt. l. 4. C. eod. l. 10 quibus mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. 6. C. de hæred. vel act. vendit. l. 17. Cod. de fide inſtrument.* Urget *præterea* æquitatis rationem. Naturâ æquum eſt, ut cujus eſt damnum & incommodum ejuſdem & ſit commodum *l. 10. de regul. jur.* Atqui ad venditorem pertinere omne damnum & incommodum, ante traditionem rei venditæ contingens, ita ut ſi res vendita ante traditionem pereat, emptori precium, ſi quod ſolvit, reſtituendum, aut nondum ſolutum remittendum ſit, uti diſputat, & concludit Cujac. *libr. 8. ad African. exponens l. 33. locat.* quem ſequuntur Vult. *in comment Inſtitut. de empt. & vend. num. 71.* Borch. *ad § 3. ejuſdem tituli,* Bocer. *diſputation. claſſ. 1. diſput. 4. th. 79. per text. in l. ſi fundus 33. locat. l. 4, l. 12. l. 13. l. 14. de pericul. & comm. rei vend.*

Quartò valde iniquum eſſe aſſerit emptorem ditari; cum damno venditoris *l 14. de condict. indeb. l. 36 de verb. obligation.* maximè in contractu bonæ fidei. *l. 4. C. de obligat. & action. l. 6. C. de contrahen.*

Digitized by Google

ditore ejuſque patrocinio utitur Ludov. Roman. *ad l. ſi quis cum aliter 36. de verbor. obligat.* allegatus à Fachin. *2 controv. 20.* Arumæo *deciſ. 1. num. 11 cum ſeq.*

Octavò, ultra dimidium juſti precii læſus venditor adverſus emptorem agere poteſt, ut res vendita reſtituatur, vel quod deeſt juſto precio ſuppleatur, *leg. 2. Cod. de reſcind. vendit.* Atqui in caſu propoſito venditorem longè ultra dimidium juſti precii læſum eſſe, habita ratione theſauri, eoque inter fructus rei venditæ connumerato, pro ut ejus ratio merito ſit habenda, quippe cum in dijudicanda læſione, æſtimatio ſecundum tempus contractus, qualis tum fuerit, ineatur, licet occulta fuerit rei qualitas, & minimè patens *leg. 8. in fin. Cod. de reſcindend. vendit. l. 3. §. 5. de jur fiſc.*

Quo eodem argumento pro venditore uſus fuit Roman. *loco ſupra allegato.*

Denique cum certa ſit juris regula Theſaurum in alieno loco inventum pro dimidia ejus parte domino loci cedere, ſi caſu à tertio ſit repertus, nec in perſona venditoris, ad traditionem uſque dominium retinentis, exceptio doceri poſſit, Nec etiam textus dari, quo emptoris eſſe dicatur, utique ſecundum regulam allegatam venditori, ceu domino, adjudicando eſſe nummos in litem deductos.

Pro emptore affertur *primò leg. 67. de rei vendicat.* ubi Theſaurus in domo recenter empta inventus (ipſi emptori adjudicatur) niſi poſſit doceri, pecuniam inventam fuiſſe perditam, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablatam. Atqui in caſu præſenti venditorem probare non poſſe, quod pecunia inventa fuerit deperdita, vel per errorem à ſe aut ſuis neglecta.

O 2 Ac

Ac licet lex adducta, de eo tantum caſu videatur exaudienda, ubi res eſt tradita, eo quod faber in domum ad ejus refectionem ab emptore inductus dicatur, quia tamen æquè in non traditam induci potuit, nulla eſt neceſſitas, ut præcisò de domo tradita caſus legis adductæ accipiatur.

Et ut idem de theſauro in domo non tradita invento ſtatuatur, quod de eo qui in domo tradita inventus fuit communiter ſtatuitur, ipſa æquitas & ratio naturalis ſuadet, cum enim poſt perfectum contractum emptionis venditionis omne periculum & incōmodum ad emptorem pertineat, utcunque res nondum ſit tradita. *§. cum autem, Inſtit. de empt. vendit. l. 7. l. 8. de peric. & com. rei vend. l. 1. C. eod.* æquitati naturali conveniens eſt, ut & commodum theſauri inventi ad ipſum pertineat *l. 10. de reg. jur.*

Tertiò, quicquid poſt contractam emptionem venditionem (contracta autem cenſetur, ſimulatque de precio convenerit *§. cum autem, Inſtit. de emp. vend.*) rei venditæ accedit, ad emptoris commodum pertinet, inquit, Paulus *in l. 7 ff. de peric. & commod. rei vend.* Pertinebit igitur ad eundem, & theſauri commodum.

Facit *quartò*, quod theſaurus inventus in loco, quem quis jure pignoris tenet, non cedat creditori *l. ſi is 63. §. quod ſi creditor ff. de acquir. rer. domin.* Atqui venditor poſt venditionem eſt inſtar creditoris, & rem venditam pignoris potius, quam dominii jure tenet per text. *in l. 13. §. 8. de actionib. empt. l. 31. §. 8. de ædilit. edict. l. 22. de hered. vel action vend. l. 14. §. 1. de furt.* Ergo theſaurus inventus ipſi non cedet.

Contra verò cum emptor quoad commodum, & incommodum, pro domino habeatur, ſequitur *quintò* theſaurum inventum ipſi præ venditore meritò cedere,

Haberi autem & reputari emptorem pro domino rei venditæ, utcunque tradita non ſit, ex ſupra dictis patet, & inde ſatis conſtat, quod ſi res empta ante traditionem pereat, emptori pereat, *d. § cum Inſtit. de empt. vendit l. 7. l. 8. de peric. & commod rei vendit. l. 1. l. 5. Cod. eod.* Verò res quævis non alii, quàm domino pereat, adeoque incommodum

modum

modum interitus dominium ejus eſſe arguat, cujus incommodo res perit *l.9.C.de pign.act.* *§.2.§.3.§.4.Inſt.quib.mod.re contrah.obligat.* *l.5.§.4.l.18.commod.l.1.C.eod.l.5.de reb.cred.l.23.in fin.de regul.jur.l.1.§.4.de obligat.& action.l.incendium 11.& ibi Dd.C.ſi cert.petat.*

Recenſuimus argumenta, quibus utraque pars intentionem ſuam probare conabatur. Videamus quid pronunciari debeat, & cui cedat Theſaurus, in domo divendita, ante traditionem inventus, Conſultus reſpondi nihil ſibi juris venditorem in Theſauro invento arrogare poſſe, ſed dividendum pro æquis partibus inter inventorem & emptorem, per text, *in l.unic.C.theſaur.§.Theſaurus, Inſtit.de rer.diviſ.* junctis iis quæ pro emptore ſuperius adducta fuerunt. Nec movent rationes, quibus inventor ſibi ſoli pecuniam inventam deberi contendebat; quod enim primo attinet rationem, propter quam domino loci portio theſauri deputata fuit, qui nimirum veriſimiliter præſumatur à majoribus ejus proveniſſe, non eſt illa ſola, & unica juris conſtituti ratio, ſed eſt & alia, quia nimirum theſaurus quodammodo loci eſt beneficium, ejuſque acceſſio & adjunctum, ideoque licet ratio prior in caſu propoſito ceſſet, non propterea ſtatim ipſum jus conſtitutum ceſſabit.

Similiter non firmatur inventoris intentio ex eo, quod Paulus JCtus in *l.31.§.1 ff.de acqu.rer.domin.* theſaurum invẽtum inventoris eſſe aſſerit, ſiquidem an indiſtinctè, & quovis caſu theſaurus inventus inventori in totum cedat, ibi decidere non conſtituit, ideoq; ſecundum diſtinctionem loci, in quo inventus fuit, exaudiendum, & quod ibi deeſt ex aliis textibus ſupplendum.

Ad regulam, quâ dicitur, quod quæ nullius ſunt occupanti cedant facilis eſt reſponſio; vera eſt de rebus, quæ omni ex parte ſunt nullius, cujuſmodi ſunt feræ beſtiæ *l.3 §.1.de acquiren.rer.dom.§.feræ. Inſtitut.de rer.diviſ.* lapilli gemmæ & quæ in littore maris inveniuntur *l.1 §.1.de acquir.poſſeſſ.l.3.de rer.diviſ.§.item lapilli, Inſtit.eod.* Atqui theſaurus non eſt abſolute res nullius, ut quæ olim dominum habuit, & etiamnum habet, niſi quod is ignoretur *l.cum heredes 23.de acquir.poſſeſſ.*

non poteſt; nec in caſu dubio, ubi benignior & humanior ſententia præferenda venit, verſamur, ſed in re certa, certo & indubitato jure definita.

Ad hæc Chriſtianorum manſuetudo & charitas eo uſque extendenda non eſt, ut rei juſto eximantur ſupplicio ; nec minus expedit Reipubl. providere, ut delinquentes puniantur, quàm ut humanitatis beneficia in eos conferantur, & privilegio temporis muniantur, argumento accuſationum criminalium, quarum pleræque non niſi viginti annorum exceptione excluduntur: *l querela 12. C. ad l. Cornel. de falſ.*

Unde & ſeptimum à favore Rei deſumptum argumentum ſponte corruit attentis his, quæ ad argumentum proximè præcedens reſpondimus & quæ circa quartam dubitandi rationem ſuperius notavimus facit, quod favore & beneficio dignus cenſeri nequeat, qui in alium maleficus, ac injurius eſſe maluit.

Similiter ne Actoris negligentia Reo abſolutionem parit, pro ut circa *octavã* dubitandi rationem conſiderabatur. Etſi enim propter negligentiam non agentium præſcriptionum jura ſint introducta, ut tamen hoc vel illo tempore, ut longiori, vel breviori ſpacio, hæc vel illa actio præſcribatur, ex legislatoris autoritate, ejuſq; determinatione dependet.

Quod *nono* de Autoritate communium opinionum afferebatur, ſolidè refutatur ex his quę ſuprà deciſione prima diſputavimus, ubi ſolidiſſimè oſtendimus communes opiniones interpretum neceſſariam autoritatem non habere, nec judicem adſtrictum eſſe illas in judicando ſequi, ut taceam non deeſſe, qui contrariam opinionem judicent eſſe communiorem, uti facit Balb. *in tract. de præſcrip. part. 4. partis quartæ principal. qu. 1. §. 4.*

Idem de præjudiciis, pro aſſerenda annali pręſcriptione *ultimo* relatis judicandum; non enim exemplis ſed legibus judicari oportet. Et, ſi præjudiciis pugnandum foret, longe nobilius extat apud Mynſing. *5. obſerv. 7.* ubi refert ab Adſeſſoribus Cameræ Imperialis in duabus cauſis ita judicatum fuiſſe; Nec quæ contra illud Cameræ

Impe-

Imperialis præjudicium ab Autoribus dicti conſilii Altorfini 43. *§. quodſi quis*, diſputantur tanti ſunt momenti, ut alià aliarum curiarum præjudicia, illi præferri debeant, uti cuivis in foro verſanti conſtat, & patebit ex his quæ de Autoritate præjudiciorum Cameralium alibi dicemus.

DECISIO NONA.

Cuinam cedat Theſaurus in domo vendita ante traditionem inventus?

TITIUS domum ſuam Cajo mille florenis vendiderat, venditore adhuc inhabitante, re nondum tradita, nec precio numerato, à quodam venditoris famulo olla nummis plena in foramine parietis caſu inventa fuit. Quæſitum cui cedat pecunia reperta?

Sibi ſoli pecuniam illam deberi inventor contendebat; Nec quod Theſauri inventi portio ex conſtituto, Leonis in *l* unica, C. de Theſauris, domino loci deputatur, ad caſum præſentem pertinere adeoque nec emptorem nec venditorem eo jure niti poſſe, Nõ emptorem, ſiquidem quod Theſaurus pro parte domino loci cedat, eam id fieri ob cauſam, quia veriſimiliter præſumitur à majoribus ejus provenisse; atqui locum Theſauri inventi jam primum emptori venditum fuiſſe, nec unquam à majoribus ipſius poſſeſſum, ut ita ceſſante juris conſtituti cauſa in perſona emptoris, ipſum jus conſtitutum meritò ceſſet; ſimiliter nec venditorem jure illo gaudere, tum quod dominio loci per vendtionem ſe abdicarit, nec dominii ſed pignoris jure, inventi theſauri tempore domum tenuerit *l. 14. §. 1. de furt. l. 13 § 8. de actionib. empt. l. 22. de hæredit. vel act. vend.* tum quod domus vendita penes venditoris majores ſucceſſivè non fuerit, ſed modo ab his modo ab illis inhabitata.

Ideoque tum emptore tum venditore remotis, ſibi ſoli pecuniam inventam, inventionis jure deberi, per text. *in l. nunquam 31.*

Digitized by Google

§.1. de acquir.rer.domin. ubi Paulus ejus eſſe, inquit, qui invenit, quod alterius non ſit; Siquidem quod nullius eſt, naturali ratione occupanti cedit per regulam Caii traditam *in l. 3. ff. de acquir. rer. dom.* declaratam exemplo feræ beſtiæ in alieno captæ, & gemmæ in littore maris inventæ: fera beſtia licet in alieno ſolo capta ſit, capienti cedit *d.l.3. §.1. de rer. acq. rer. dom §. fera Inſtit. de rer. diviſ.* ſimiliter lapilli & gemmæ, & cætera, quæ in littore maris inveniuntur, in totum occupanti conceduntur, *l.3 ff. de rer. diviſ. l.1. §.1. de acquirend. poſſeſſ.* quod enim nullius eſt, naturali ratione occupanti cedit *d.l.3. ff. de acquiren. rer. dom. & d. § fera, Inſtit. de rer. diviſ.* Atqui Theſaurum rebus ejuſmodi annumerari, ac pro re nullius haberi, teſtis eſt Paul. *in l.31. §.1. de acquir. rer. dom. cui concord l unic. C. de Theſaur.*

Urgebatur & illud ex parte inventoris, quod Theſaurus donum ſit fortunæ *l.63. de acquir. rer. dom.* & beneficium Dei uti appellat Imper. Leo *in dict. l. unic. Cod. de Theſaur.* ut ita valde ſit inhumanum, & invidum, homini invidere, quod Deus ipſi proviſum voluit. Ideoque Theſaurum inventum meritò relinquendum illi, cui Deus illum conceſſerit, ac digito quaſi monſtrarit, & cujus tempore potius, quam alio illum inveniri voluit.

Ex parte venditoris, negabatur *primò* pecuniam inventam pro Theſauro, pro ut *in l. unic. Cod. de Theſaur.* & quando de acquirendo dominio agitur accipi ſolet habendam, adeoque jura de inventione Theſauri, & acquirendo ejus dominio conſtituta huc non pertinere. Etſi enim Theſaurus omnem aliàs quæ in futurum recondita eſt pecuniam ſignificet, nec minus ea quæ recens abſcondita fuit, ita ut dominus ipſius jamdum extet & notus ſit, quàm quæ antiquitus cujuſque dominus ignoratur, theſauri appellatione veniat ut prætor nominis notationem (dicitur enim quaſi θεὶς εἰς αὔριον poſitus in craſtinum) probatur *ex l. item Labeo 22. ff famil. herciſcund. l. 44. de acquiren. poſſeſſ. l.15. ad exhibend.* ſi tamen de acquirendo rerum dominio, adeoque de acquiſitione Theſauri, ſit quæſtio, requiri adhuc aliud, nempe ut nemo ſit qui illum ſuū dicat, & ut pro re nullius,

ſive, pro derelicto, habeatur; Atqui talem pecuniæ inventæ qualitatem ab Adverſariis, vel inventore, vel emptore, doceri non poſſe, pro ut illis incumbat atteſtante Sixtino conſiliorum Marpurgenſium *libr. primo conſil. 13. numer. 23.* poſt Fabr. Socin. & alios ibi allegatos, quippe cum præſumptio ſit pro venditore (quod n. in re mea invenitur meum præſumitur) adeoque onus probandi in adverſarium transferat, pro ut & aliàs affirmanti probatio incumbit *l. 5. de probat. l. 16. C. eod.*

Immò pecuniam litigioſam, non eſſe Theſaurum, facilè monſtrari poſſe, utcunque aliàs à parte negante probatio non deſideretur per jura vulgò nota. Ut enim ſit Theſaurus requiri, pecuniam antiquis temporibus fuiſſe depoſitam, & ultra hominum memoriam latuiſſe, nec dominum habere *l. nunquam 31. §. 1. de acquiren. rer. domin.*

Atqui pecuniam litigioſam quod attinet, ejus depoſitionem hominum memoriam non excedere, cum domus, in qua fuit inventa, ultra ſexaginta vel ſeptuaginta annos non ſteterit, adeoque nec dominum ignorari, cum à majoribus ſuis domus illa de novo ſit extructa, ac proinde ab illis pecunia illuc abſcondita præſumatur; quod enim in ædibus fit per inhabitantes factum eſſe præſutur argumento *l. 11 ff. de pericul & commod. rei vendit. l. 3. §. 1. de offic. præfect. vigil.* & quæ in ædibus tuis inveniuntur, tua eſſe judicentur per ea quæ allegat Speculat. *in tit. de furt. n. 14 lib. 4.* Sixtin. *d. conſil. 13. n. 26. cum ſeq.*

Nec officere in præſumptionibus illa eſſe poſita ſiquidem propter præſumptionem, quis ſatis probaſſe cenſeatur, dum ab adverſario non docetur contrarium, per *text. in l penult. C. qui militar. poſſeſſ. vel non*, ubi gloſſ. Alciat. de præſumpt. *reg. 3. præſumpt. 21. n. 2.* Sixtin. *d. conſ. 13. n. 38. cum ſeq.*

Nec ad dominii probationem apodicticas requiri demonſtrationes, ſed poſſe dominia rerum meris etiam inditiis probari, per textum *in leg. inditia, Cod. de rei vendicat.* & tradita à Menoch. *de arbitr.*

arbit.iud.quæſt.lib.2.caſ.42. cum in dubio & incertitudine probationum (cujuſmodi etiam eſt dominii probatio *juxt. Menoch. d.loc.n.1.*) per conjecturas liquidiſſima probatio inducatur *per tex.in l.licet 74. de legat.prim.* & tradita à Sextin.*d.conſ.13.n.36.*

Quibus ſic ſtantibus, & in facto poſitis, clara & aperta pro venditore extaret deciſio *in l.67 ff.de rei vendicat.* ubi cum quis à tutore pupilli domum mercatus, ad ejus refectionem fabrum induxiſſet, iſque pecuniam inveniſſet, & quæreretur, ad quem pertineat? reſponſum fuit, ſi non theſauri fuerunt, ſed pecunia forte deperdita vel per errorem ab eo ad quem pertinebat non ablata, ejus illam permanere, cujus antea fuerat. Concordat *l.31. §.1. de acquir.rer.domin.* ubi Paulus ſi quis, inquit, aliquid, vel lucri cauſa, vel metus, vel cuſtodiæ, condiderit ſub terra, non eſt theſaurus, cujus etiam furtum fit. Illuſtre hujus rei exemplum ex Jaſone refert Duaren. *ad l.3. §.Neratius, de acquirend.poſſeſſ.* & in comment. ad titu. Digeſtorum *de acquir.rer.domin. cap. 4.* mercator quidam quatuor millia ducatorũ, majoris ſecuritatis cauſa, & quo tutius per mare transferri poſſent, pilæ ceræ incluſerat, eo mortuo, filius, hujus rei ignarus, ceram illã inſtitori, inſtitor Aromatario vendidit, à quo cum inibi inventa eſſet pecunia, ac quæreretur cujuſnam ſit, prioris mercatoris filio illam reſtituendam eſſe deciſum fuit, deſumpta decidendi ratione *ex d.l.67.ff.de rei vendicat. & d.l.31.§.1.de acquir.rer.domin.* Conſimilis extat deciſio, caſus haud abſimilis, & in terminis terminantibus, ut loquuntur conſ. Marpurg. *lib. 1. conſ.13.per tot.* ubi conſimiliter, pro venditore reſponſum, & pecunia inventa ipſi adjudicata fuit, invẽtore emptoreque remotis, & ad reſtitutionem condemnatis.

Poſito, pecuniam inventam antiquiſſimis temporibus fuiſſe depoſitam, ita ut ejus memoria non extet, nec dominium, qui ſciatur, habeat; nihilo tamen minus ſibi illam deberi venditor cõtendebat: ſiquidem (quod eſt ſecundum ex parte venditoris allatum argumentum) theſaurum inventum, domino loci, vel in totum vel pro parte, prout ipſe vel tertius quis invenit, cedere, juris eſt notiſſimi, ut conſtat *ex l.unic.C.de Theſaur. & §.Theſauros, Inſtitut. de*

rer.

rer. diviſ. Atqui venditorē in caſu propoſito inventionis tēpore dominū domus in qua theſaurus invētus fuit, adhuc extitiſſe, negari nō poſſe, ſiquidē pactis, & conventionib. dominia rerū non transferunt text. eſt generalis *in l. 20. C. de pact.* & in ſpecie, de venditione, & ꝙ per illam, ſolam, traditione non ſubſecuta, dominium in emptorē non transferatur, extat text. *in §. 3. circa fin. Inſtit. de contrah. empt.* ubi Juſtinian. qui nondum, inquit, res emptori tradidit adhuc ipſe dominus eſt, concordat *l. 40 ff. de action. empt. l ſi pater 8. C. eod. l ſi ager 50. ff. de rei vendic. l. ſervum 27. C. eod. l. qui tibi 3. C. de his qui à non dom. manum. ſunt*; nec dari poteſt textus contrarius, ubi ante traditionem dominium rei venditæ emptori aſſeratur.

Idque adeò verum perhibetur, ut ſi nolit rem tradere venditor, præcisè ad id non cogatur, ſed ſibi illam, præſtando intereſſe, retinere poſſit; uti poſt Johannem & Bulgar. antiquios gloſſatores tenet Socin. *in l 9 ff de reb cred ſi cert. petat.* Alciat. *ad l. unic. C. de ſenten. quæ pro eo quod intereſt proferunt.* Vaud *1. quæſtion. 9.* Fachin. *libr. 2 controverſ. cap. 30* Gœdd. *de contrah. ſtipulat. cap. 9. concluſ 4. nu. 65. cum ſeqq. per l. 1. l. 11. in prin. junct. §. idem ait non tradentem, l. 12. ff. de actionib. empt. l. 4. C. eod. l. 10 quibus mod. pign. vel hypoth. tacit. contrah. l. 6 C. de hæred. vel act. vendit. l. 17. Cod. de fide inſtrument.* Urget *præterea* æquitatis rationem. Naturâ æquum eſt, ut cujus eſt damnum & incommodum ejuſdem & ſit commodum *l. 10. de regul. jur.* Atqui ad venditorem pertinere omne damnum & incommodum, ante traditionem rei venditæ contingens, ita ut ſi res vendita ante traditionem pereat, emptori precium, ſi quod ſolvit, reſtituendum, aut nondum ſolutum remittendum ſit, uti diſputat, & concludit Cujac. *libr. 8. ad African. exponens l. 33. locat.* quem ſequuntur Vult. *in comment Inſtitut. de empt. & vend. num. 71.* Borch. *ad § 3. eiuſdem tituli,* Bocer *diſputation. claſſ 1. diſput. 4. th. 79. per text. in l. ſi fundus 33. locat. l. 4, l. 12. l. 13. l. 14. de pericul. & comm. rei vend.*

Quartò valde iniquum eſſe aſſerit emptorem ditari; cum damno venditoris *l 14. de condict. indeb. l. 36. de verb. obligation.* maximè in contractu bonæ fidei, *l. 4. C. de obligat. & action. l. 6. C. de contrahen.*

ditore ejuſque patrocinio utitur Ludov. Roman. *ad l. ſi quis cum aliter 36. de verbor. obligat.* allegatus à Fachin. *2 controv. 20.* Arumæo *deciſ. 1. num. 11 cum ſeq.*

Octavò, ultra dimidium juſti precii læſus venditor adverſus emptorem agere poteſt, ut res vendita reſtituatur, vel quod deeſt juſto precio ſuppleatur, *leg. 2. Cod. de reſcind. vendit.* Atqui in caſu propoſito venditorem longè ultra dimidium juſti precii læſum eſſe, habita ratione theſauri, eoque inter fructus rei venditæ connumerato, pro ut ejus ratio merito ſit habenda, quippe cum in dijudicanda læſione, æſtimatio ſecundum tempus contractus, qualis tum fuerit, ineatur, licet occulta fuerit rei qualitas, & minimè patens *leg. 8. in fin. Cod. de reſcindend. vendit. l 3. §. 5. de iur fiſc.*

Quo eodem argumento pro venditore uſus fuit Roman. *loco ſupra allegato.*

Denique cum certa ſit juris regula Theſaurum in alieno loco inventum pro dimidia ejus parte domino loci cedere, ſi caſu à tertio ſit repertus, nec in perſona venditoris, ad traditionem uſque dominium retinentis, exceptio doceri poſſit, Nec etiam textus dari, quo emptoris eſſe dicatur, utique ſecundum regulam allegatam venditori, ceu domino, adjudicando eſſe nummos in litem deductos.

Pro emptore affertur *primò leg. 67. de rei vendicat.* ubi Theſaurus in domo recenter empta inventus (ipſi emptori adjudicatur) niſi poſſit doceri, pecuniam inventam fuiſſe perditam, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat, non ablatam. Atqui in caſu præſenti venditorem probare non poſſe, quod pecunia inventa fuerit deperdita, vel per errorem à ſe aut ſuis neglecta.

Digitized by Google

modum interitus dominium ejus eſſe arguat, cujus incommodo res perit *l.9.C.de pign.act.* *§.2.* *§.3.* *§.4.Inſt.quib.mod.re contrah.obligand. 5.§.4.l 18.commod.l.1.C.eod.l.5.de reb.cred.l.23.in fin.de regul.jur.l.1.§.4.de obligat.& action.l.incendium 11.& ibi Dd.C.ſi cert.petat.*

Recenſuimus argumenta, quibus utraque pars intentionem ſuam probare conabatur. Videamus quid pronunciari debeat, & cui cedat Theſaurus, in domo divendita, ante traditionem inventus, Conſultus reſpondi nihil ſibi juris venditorem in Theſauro invento arrogare poſſe, ſed dividendum pro æquis partibus inter inventorem & emptorem, per text, *in l.unic.C.theſaur.§.Theſaurus, Inſtit.de rer.diviſ.* junctis iis quæ pro emptore ſuperius adducta fuerunt. Nec movent rationes, quibus inventor ſibi ſoli pecuniam inventam deberi contendebat; quod enim primo attinet rationem, propter quam domino loci portio theſauri deputata fuit, qui nimirum veriſimiliter præſumatur à majoribus ejus proveniſſe, non eſt illa ſola, & unica juris conſtituti ratio, ſed eſt & alia, quia nimirum theſaurus quodammodo loci eſt beneficium, ejuſque acceſſio & adjunctum, ideoque licet ratio prior in caſu propoſito ceſſet, non propterea ſtatim ipſum jus conſtitutum ceſſabit.

Similiter non firmatur inventoris intentio ex eo, quod Paulus Jctus in *l.31.§.1 ff.de acqu.rer.domin.* theſaurum invẽtum inventoris eſſe aſſerit, ſiquidem an indiſtinctè, & quovis caſu theſaurus inventus inventori in totum cedat, ibi decidere non conſtituit, ideoq; ſecundum diſtinctionem loci, in quo inventus fuit, exaudiendum, & quod ibi deeſt ex aliis textibus ſupplendum.

Ad regulam, quà dicitur, quod quæ nullius ſunt occupanti cedant facilis eſt reſponſio; vera eſt de rebus, quæ omni ex parte ſunt nullius, cujuſmodi ſunt feræ beſtiæ *l.3 §.1.de acquiren.rer.dom.§.feræ. Inſtitut.de rer.diviſ.* lapilli gemmæ & quæ in littore maris inveniuntur *l.1 §.1.de acquir.poſſeſſ.l.3.de rer.diviſ.§.item lapilli, Inſtit.eod.* Atqui theſaurus non eſt abſolute res nullius, ut quæ olim dominum habuit, & etiamnum habet, niſi quod is ignoretur *l.cum hæredes 23.de acquir.poſſeſſ.*

Digitized by Google

Non majoris eſt importantiæ quod theſaurus Dei ſit beneficium & donum fortunæ, *l unic. C. de Theſaur. l 63. de acquir. rer. domin.* ſiquidem ex inde fit, ut pars aliqua inventori cedat, at quo minus in totum inventori attribuatur, prohibet ratio pro domino loci militans, quia nimirum veriſimiliter præſumitur à majoribus ejus proveniſſe, & quia quodammodo loci eſt beneficium, ejuſque acceſſio & adjunctum. Majoris primo intuitu importantiæ videntur eſſe pro venditoris cauſa quæ afferuntur.

Negabat *primò* pecuniam inventam pro Theſauro habendam, adeoque jura de inventione Theſauri, & acquirendo ejus dominio conſtituta, huc non pertinere, ſed ſibi ceu domino pecuniam inventam reſtitui debere. Vera ſanè eſt argumenti inducti propoſitio major, falſa minor. Quod enim *in l. 67. ff. de rei vendicat.* in confirmationem propoſitionis majoris adducta, Scævola pecuniam repertam venditori adjudicat, ideo fit, quia pro certo præſupponitur pecuniam à pupillorum parente in domo divendita repoſitam fuiſſe. Id quod Paulus *in l. 31. de acquir. rer. domin.* priori ſuppoſito apertius indicat, dum ait, non eſſe theſaurum, adeoque furtum fieri pecuniæ, quam quis, vel lucri cauſa, vel metus, vel cuſtodiæ, condiderit ſub terram. Similiter quod in caſu ex Jaſone relato, pecunia per aromatarium emptorem inventa venditori adjudicata fuit, eandem id factum ob cauſam, quia ex parte ipſius ſatis probatum fuit, pecuniam inventam à patre ſuo majoris ſecuritatis cauſa, & quo tutius per mare transferri poſſet ceræ incluſam fuiſſe. Idem conſtitit in caſu ex *conſil. 13. libri primi conſiliorum Marpurgenſium* allato, ſiquidem ex teſtium depoſitionibus conſtabat, Actoris parentem quando moriturus pauperibus ducentos aureos de pecunia quæſtionis legare vellet, coram teſtibus aperuiſſe inventum iri hippoperam quadringentorum aureorum in ſuprema ædium, à filio poſtmodum divenditarum, parte, ut ita nihil in caſibus modo relatis ſubfuerit dubitationis, cur non reſtitui debuerit venditori pecunia in rebus emptis inventa.

At in

Digitized by Google

At in caſu, quo de agimus; tale quid non conſtitit, nec probari potuit. Conabatur ſanè venditor probandi onus à ſe in adverſarium devolvere, eo quod affirmanti incumbat probatio, & pro venditore theſaurum eſſe negante militet juris præſumptio; ſed fruſtra; etſi enim ſint qui ſtatuant, onus probandi incumbere illi, qui aſſerit pecuniam repertam theſaurum eſſe, quos poſt Socin. *in l.3. § Neratius ff de acquiren. poſſeſſ* allegat. & ſequitur Regner. Sixtin. *conſiliorum Marpurgenſium libr 1. conſilio decimotertio, numer vigeſimo tertio*, attamen verior eſt opinio, Theſaurum eſſe neganti probationem incumbere.

Nec obſtat regula adducta, quod præſumptio ſit pro negante, adeoque affirmanti probatio incumbat non neganti *l. 2. l. 22. ff. de probat. l. 23. C eod. l. 10. C. de non numer. pecun.* ſiquidem id fallit, quando quis in negativa intentionem ſuam fundat, & quando negativa ad affirmativam reduci poteſt, tunc enim contra negativam, in qua quis intentionem ſuam fundat præſumitur, niſi probetur *l ſi filius 8. ff. de probationib. l. cum de indebi o 25. eod. l. 15. C. eod. l. 7. § fin ff. de liber. cauſ.* Atqui venditor in negativa intentionem ſuam fundat, & in effectu affirmat potius, quam negat; contendit quippe pecuniam inventam à majoribus ſuis ſecuritatis cauſa, quo à furibus & latronibus tutius præſervari potuiſſet, in domo divendita abſconditam fuiſſe, ideoque ipſi incumbet intentionis ſuæ fundamentum probare.

Probatum autem non cenſebitur ex eo, quod quæ in ædibus meis inveniuntur, mea eſſe judicentur, at quod quæ in ædibus fiunt per inhabitantes facta eſſe præſumantur; ſiquidem prior illa præſumptio, facit quidem, ut pecunia inventa domino loci pro parte cedat, quia nimirum veriſimiliter præſumitur à majoribus ejus proveniſſe at non efficit ut totus loci domino concedatur, ſed ibi neceſſe eſt probare depoſitionem à majoribus factam fuiſſe, quod in caſu p eſ nti à venditore fieri non potuit. poſteriorem vero præſumptionem, quod attinet, verum eſt quod aſſeritur, ſi ab iiſdē inquilinis ſine interruptione ædes ſint poſſeſſæ; at in caſu præſenti domus

domus di vendita ſucceſſivè & continuativè ab eo, qui ædificari curavit, ejuſque poſteris poſſeſſa non fuit, ſed aliis, quandoque elocata, & à diverſis poſſeſſoribus poſſeſſa, ita præſumtio pro venditore faciens, contraria præſumptione elidatur *arg l.75.de legat.3.l.2 §,fin. C.de quadrien.præſcript l.6.de hìs qui ſunt ſui vel al.jur.l.74.de leg.1.l.24.de probationib.& præſumpt.*

Immo licet à primo ædificatore, ejuſq; poſteris, ad præſentem uſque venditorem domus ſucceſſivè & ſine interruptione poſſeſſa, nec etiam divendita fuiſſet, non tamen propterea inventori pecuniæ inventæ portio abjudicari, & domino ædium tota adjudicari poſſet, cum à famulis hoſpitibus, vel aliis etiam peregrinis, pecunia inibi reponi potuerit ut ita, quia incertum eſt à quo depoſitio ſit facta merito ob ignorationem domini theſaurus quodammodo pro derelicto, & re nullius habeatur adeoque pro parte dimidia poſſeſſori, pro altera dimidia inventori attribuatur.

Nec quicquam facit, quod domus, in qua inventa fuit pecunia, ultra ſexaginta vel ſeptuaginta annos non ſteterit, adeoque depoſitio pecuniæ litigioſæ hominum memoriam non excedat; ſiquidem verum non eſt, ut pecunia pro theſauro habeatur, depoſitionē ejus exiſtere debere ultra memorialem, & excedere hominum ætatem, ſed ſufficit ignorari à quo theſaurus ſit depoſitus, & qui ſint deponenti hæredes, ita ut dominum qui ſciatur, nullum habeat; quo ſenſu accipienda eſt definitio theſauri *ex l.31.§.1.de acquir.rer.domin.* allata; & à venditore in ſenſum peregrinum & à mente autoris alienum detorta.

Atq; ita manet venditorem in probatione minoris defeciſſe, nec ab ipſo ſufficienter probatum fuiſſe, quod probare debuit, & intendit adeoque deciſionem Scævolæ quæ extat *in l.67.de rei vendicat.* ipſius intentioni nihil conducere, nec inde ſtabiliri potuiſſe.

Secundum ex parte venditoris allatum argumentum quod attinet, omninò illud pro ipſo ejuſque cauſa concludere videtur.

Cum enim certi ſit juris, Theſaurum inventum domino loci, vel

Digitized by Google

vel in totum, vel pro parte, prout vel ipſe, vel tertius quis invenit, cedere *l.un. C. de Theſaur. §. Theſauros. Inſtitut. de rer. diviſ.* Et vero poſt traditionem rei venditæ emptor primùm dominus conſtituatur, nec à venditore ad emptorem dominium abeat, niſi traditio ſubſequatur per text. *in §.3. circa finem Inſtit. de contrahen. empt. l.40. de actionib. empt. l.8. C. eod. l.50. de rei vendicat. l.27. C. eod.* Theſaurus in caſu propoſito venditori, ſi non in totum; pro parte tamen, adjudicandus videtur, quippe inventus in domo, cujus ipſe venditor inventionis tempore dominus extitit.

At reſpondendũ, jura quibus theſaurus domino loci, vel in totum, vel pro parte attribuitur, de eo accipi debere domino, qui plenè, & omni ex parte dominus exiſtit: atqui venditorem quod attinet, etſi res vendita antequam emptori tradatur, in dominio venditoris maneat, quia tamen emptori eo nomine actio adverſus venditorem competit, non plenè ipſius venditoris res vendita exiſtit, ſed emptoris potius eſſe cenſetur *per text. in l. 143. de verbor ſignificat. l. is qui 15. de regul. jur. l. rem in bonis 52. ff. de acquirend. domin.* venditor vero inſtar creditoris habetur, & pignoris potius, quàm dominii jure rē venditam tenet *per text. in l. 13. § 8. de actionib. empt. l. 31 §. 8. ff. de ædilit. edict. l. 22. de hered. vel act. vend. l. 14. § 1. de furt.* id quod exinde etiam ſatis patet, quod ſimulac emptio venditio contracta fuit, omne ſtatim periculum & incommodum ad emptorem pertineat, utcunq; res nondum ſit tradita, ut ita quoad commodum & incommodum merito pro domino habeatur; alioquin enim ſi nulla ex parte pro domino emptor reputaretur, res empta, ſi ante traditionem periret, ipſi perire non poſſet, prout perit juxt. *§ cum a. Inſtit. de contrah. empt. l. 7. l. 8. de peric. & commod. rei vend. l. 1. l. 5. C. eo.* quod res quævis ſuo pereat domino non alii *§. 2. §. 3. §. 4. Inſtit. quib. mod. re contrah. obligat. l. 9. C. de pignor. act. l. 5. § . 4. l. 18. commod. l. 1. C. eod. l. 5. de reb. credit. l. 23 in fin. de regul. jur. l. 1. §. 4. de obligationib. & actionib. l. incendium 11. & ibi Dd. C. ſi cert. petat.* prout plenius ſecunda, quarta, & quinta ratione pro emptore ſuperius allata deductum fuit.

Nec verum eſt, quod venditor præciſè non teneatur rem tra-

 dere,

dere, ſed in ipſius arbitrio & beneplacito conſiſtat, vel tradere rē vēditam, vel id quod intereſt perſolvere, prout, pro amplificanda & confirmanda propoſitione minore argumenti allati addebatur. Etſi enim non deſint, qui ita ſtatuunt, attamen verior & communior eſt contraria opinio, venditorem præcisè ad traditionem rei vendi æob' gatam eſſe, per textum apertum *in l. 11. §. 2. de actionib. empt. l. ſi quis 46. eod.* ut qua de re plenius, agamus, non eſt hujus loci, nec urget neceſſitas; ſiquidem dubium & incertum, per æquè incertum & dubium probari non poteſt, ſed neceſſe eſt, ut quod probationis loco affertur certum & indubitatum exiſtat. Immò, licet detur, quod venditor præcisè non teneatur ab traditionem rei venditæ, inde tamen nihil, quod ad retentionem theſauri faciat, inferri poſſet, ſed teneretur nihilominus venditor, ut aliud intereſſe, ita & commodum theſauri emptori præſtare.

Æquè incerta & dubia eſt probatio ex parte venditoris *tertiò* loco allata; Cujus eſt damnum & incommodum, inquit venditor, ejuſdem etiam erit commodum & emolumentum rei venditæ accedens. Atqui ad venditorem pertinere omne damnum & incommodum ante traditionem rei venditæ contigens, Ergo ad eundem etiam commodum, puta theſauri inventi pertinere. Negamus aſſumptum, adeoque per inverſionem reſpondemus; Ad quem ſpectat incommodum ad eundem etiam ſpectare debet commodum. Atqui poſt perfectum contractum emptionis venditionis omne periculum & incommodum ad emptorem pertinet, ita ut precium ſolutum repetere non poſſit, ac needum ſolutum venditori ſolvere teneatur, per textum apertum *in §. cum autem, Inſtitut. de emption. vendition* ubi Juſtinian. cum, inquit, emptio venditio contracta eſt (quod fit ſimulatque de precio convenit) periculum rei venditæ ſtatim ad emptorem pertinet, tametſi adhuc ea res emptori tradita non ſit; itaque ſi homo mortuus ſit, vel aliqua parte corporis læſus fuerit, aut ædes totæ, vel aliqua ex parte, incendio conſumptæ fuerint, aut fundus vi fluminis totus,

vel

Digitized by Google

vel aliqua ex parte, ablatus ſit, emptoris damnum eſt, cui neceſſe eſt licet rem non fuerit noctus precium ſolvere. Concordat *l. 7. l. 8. de pericul. & commod. rei vend. l. 1. Cod. eod.* Nec audiendus eſt *Cujac.* dum diſtinguit inter precium, & id quod ſupra precium intereſt, ita ut ſi ante traditionem res perierit ipſi quidem emptori pereat quoad intereſſe ne id quod intereſt ſupra precium rei conſequatur, pereat vero venditori quoad precii reſtitutionem, & amiſſionem nondum ſoluti, ne ſcilicet emptor teneatur venditori precium nondum ſolutum ſolvere, ſed poſſit id retinere, & quod ſolvit repetere. At contradicit ipſi in faciem Juſtin. *d. §. cum autem*, ubi neceſſe eſt, inquit, emptori licet rem nō fuerit nactus precium ſolvere, agens de caſu, ubi res vendita ante traditionē periit, ita ut tradi non poſſit. Nec illud Juſtiniani pronunciatum eo, ut tentat Cujac. elidi poteſt, quaſi ſummo & ſtricto jure ita obtineat. æquitate aliud ſ. adente, pro ut aliàs etiam in inſtitutionibus, nudæ juris regulæ proponantur, ex ſummo jure petitæ; ſiquidem mera eſt illa eluſio, autoritatem juri Juſtinianeo in Inſtitutionibus quod habetur, detrahens & infringens, contra quàm ab Imperatore *in §. pen.* procemii Inſtitutionum ſancitum fuit.

Immò idem quoque jure Digeſtorum conſtitutum eſſe aperte patet ex *l. 5. §. 2. de reſcind. vend.* ubi dicitur mortuo homine vendito perinde habendam eſſe venditionem, ac ſi traditus fuiſſet, venditorem namque liberari, & emptori hominē perire, ut taceamus textus alios quos ex libris Digeſtorum affert, & contra Cujacium inducit Anton. Faber *lib. 2. conjectur. cap. c. 4.*

Ad *primum* Cujacii fundamentum, deſumptum *ex l. 33. Locat.* Reſpōdendum, proponi illic exceptionem regulę traditæ *in §. cum autem, Inſtit. de contrah. empt.* pro ut rectè annotavit Accurſ. ibidem & arguit reſponſum ejuſdem Africani quod extat *in leg. 39. ff. de ſolutionibus.* nec obſcurè colligitur *ex. l. Lucius 11. de evictionibus.* id quod plenius perſequitur, & explicat Antonius Faber *dict. cap. 4. libri 2. conjecturar.* ubi ſcribit, regulam traditam *in §. cum autem, Inſtitut. de contrahend. empt.* veram eſſe, ſi res vendita omnino in rerum

 natura

natura eſſe deſiit, pro ut omnia ibi relata exēpla, ita ſe habent, at ſi per rerum naturam res vendita adhuc præſtari poteſt, puta ſi fundus ſit publicatus, ſervus furto ſubtractus, venditorem non liberari, niſi actiones ſuas præſtet; quod ſi nullas habeat, puta quod res, quam vendidit, aliena fuerit, aut fundus venditus publicatus, tunc tenetur ad reſtitutionem precii, quod non præſtet eam rem, quam per rerum naturam præſtare poteſt, ſi forte, aut rem alienam emere, aut fundi publicati precium iis, quibus aſſignatus eſt, præſtare velit, *leg. quod ſæpè 35. § ſi res vendita, de contrah. empt.*

Alij aliis ſpecialitatis rationes inquirunt, ut videre eſt apud Pac. *§. antinom. 8.* Dominic. Arum. *de contrah. empt. theſ. 6.* Idem reſpondēdum, ad reliquas pro Cujacio allegatas leges; contineri nimirum illis exceptiones à regula, propoſita *in d. §. cum autem, Inſtit. de contrahen. empt.* Siquidem quod *in l. 4. de pericul. & commod. rei vendit.* acoris & mucoris periculum, ad venditorem vini pertinet, de rebus quæ deguſtari ſolent ſpecialiter obtinet, ut uſque ad deguſtationis diem periculum ſuſtineat venditor *d. l. 4. §. 1. verſ. ex hoc apparet. l. 1. in princip. eod. l. 34. §. 5. de contrah. empt.* Sic quod *in l. 12. de pericul. & commod. rei vend.* lectorum conciſorum periculum ad venditorem pertinet, ideo fit, quia in mora tradendi fuit, *l. 4. l. 6. Cod. de peric. & commod. rei vend. l. 51. in princ. de actionib. empt.* & quia venditoris culpa periculum præceſſit, dum in publicum illos poſuerat ſicque uſum publicum impedierat, *§. cum autem, verſic. quicquid enim, Inſtit. de contrah. empt. l. venditor 36. de actionib. empt. l. ſi vina 15. in fin. de pericul. & commod. rei vend. l. eum qui 14. in princ. de furt.*

Similiter quod *in l. 14. §. 1. de pericul. & commod. rei vend.* periculum ante traditionem rei venditæ contingens venditoris eſſe dicitur, propter culpam & negligentiam venditoris fit, dum à furibus non cuſtodivit; Accedit quod in caſu *d. l. 14.* debeatur genus, at quādò generaliter aliquid venditur, & genus eſt in obligatione, tunc ante traditionem periculum eſt venditoris, quia genus perire non poteſt *l. incendium 11. C. ſi cert. pet. l. 1. §. 4. de obligat. & actionib. §. 2. verſic. & ſi quidem, Inſtitut. quib. mod. re contrah. obligat.* Atque ita manet non ad vendi-

Digitized by Google

venditorem, ſed ad emptorem pertinere omne damnum & incommodum ante traditionem rei venditæ contingens, ideoque ad eundem etiam, commodum & in ſpecie inventi theſauri emolumentum, pertinere.

Unde & patet ſolutio ad *quartum* pro venditore allatum argumentum: Cum enim non ad venditorem, ſed ad emptorem periculum rei veditæ, ante traditionem contingens, pertineat, nec theſaurus unquam in poſſeſſione vel dominio venditoris fuerit *l.3. §.3. de acquir. poſſ.* junct *l.1. §.1. eodem.* utiq; dici nequit, emptorem ditari cum damno venditoris, ipſi ſi adjudicetur theſaurus in re vendita ante traditionem inventus.

Ex *quinta* pro venditore allata ratione, hoc quidem efficitur, quod quia theſaurus quodammodo loci eſt, beneficium & loco aſſervatur, non totus inventori cedat ſed dimidia ipſius pars domino loci attribuatur; at quia propriè non eſt pars & fructus loci *l.3. §.3. de acquir poſſ.* nec eandem acceſſionis rationem habeat, quam habent exempla in contrarium adducta, utique totus domino loci aſſignari non potuit; deinde cum non plenè ipſius venditoris ante traditionem res vendita exiſtat, ſed emptoris potius eſſe cenſeatur, per ea quæ circa ſecundam dubitandi rationem adduximus, dimidia inventi theſauri pars non venditori ſed emptori cedat neceſſe eſt.

Quod *ſextò* afferebatur non cenſeri ſimul eſſe vendita venditionis tempore, quæ ignorabantur, verum eſt de his, quæ ad rem venditam ſe habent ut pars, acceſſio, & adjunctum, & quæ aliàs cum re vendita venire ſolent, ſi nominatim non excipiantur, *d.l.77.* ad theſaurum vero trahi nequit, cum ſeparatam à domo divendita rationem habeat *d.l.3. §.3. de acquir poſſeſſ.* aut ſi eò accommodari velit, verificabitur in ejuſmodi theſauro & pecunia, quæ fortè fuit deperdita, vel per errorem ab eo, ad quem pertinebat non ablata, qui eſt caſus legis *67. ff. de rei vendic.*

Quod *ſeptimò* à contractu locationis conductionis, ad contractum emptionis venditionis inferri voluit, inani conatu teneatur;

dubium quippe, & incertumm adhuc eſt, Num penſio propter ubertatem fructuum augeatur, negat id poſt alios Arrius Pinellus *ad l.2.C.de reſcind.vendit.part.1.cap.3.num.34.cum ſeq per text. in l.ſi merces 25.§.vis maior, Locat.* ut ita dubium, & incertum per æquè incertum & dubium probari nequeat. Deinde etſi, in conductore ita conſtitutum eſſet, ut propter ubertatem fructuum penſio augeatur, inde tamen non rectè inferretur, id quod venditor inferre voluit. Cum enim propter nimiam ſterilitatem conductori penſio remittenda veniat, *per textum in l.25,§ 6. Locat.* & tradita à Pantſmanno *de Locat.conduct.quaſt.2.* utique non iniquum eſſet, penſionem augeri ex nimia ubertate frctuum argumento *l.10 de regul.iur.* At diſpar eſt ratio in contractum totum emptionis venditionis; ſiquidem nullum emptor levamentum ſentit, nec precium ipſi vel potum vel pro parte remittitur, ſi res vendita pereat, ſed omne damnum & incommodum, ad ipſum ſpectat, teneturque precium, non attento rei interitu, venditori perſolvere *§.cum autem, Inſtitut. de empt.vend. l.7.l.8 de pericul & commod rei vend.*

Octavum, ex parte venditoris allatum argumentum quod attinet, diſputatur, & controvertitur interpretes, An venditor *ex leg. 2. Cod. de reſcind. vendit.* agere poſſit theſauro in re divendita invento. Affirmat Roman. *ad leg ſi quis 36. de verbor. obligat.* dicens ſe ita ex facto reſpondiſſe. Negat Aretinus *addict. leg ſi quis, numer.8* Cagnol. *ad leg. 2. Cod. de reſcind. vendit. nu. 171.* quos allegat & ſequitur Fachin. *lib.2. controverſ. cap. 20.* Arum. *deciſ forenſ. lib. 1. deciſ. 1. num. 21. cum ſequ.* Cum enim venditor in ſua poteſtate, poſſeſſione & dominio theſaurum non habuerit *l 3. §.3. de acquir. poſſeſſ.* utique læſus in precio dici non poteſt; deinde ut *l. 2. Cod. de reſcind. vendit.* locum habeat, circa ipſam rem divenditam læſio facta ſit neceſſe eſt; atqui theſaurus pro parte domus divenditæ reputari nequit; denique emptor non ex venditione, ſed ratione inventionis & ſic ex titulo diverſo theſaurum habet, ideoque rei venditæ æſtimatio, inde augeri non poteſt, uti poſt Barboſam Luſitan. *in l.*

in l. §. ſi fundum, Digeſt. ſolut. matrimon. annotavit Arum. *dict. loc. numer. 12.*

Vltimum venditoris argumentum refutationem habet ex ultimo pro emptore, ejuſque cauſa, adducto fundamento, & ex his quæ reſponſa fuerunt, ad ſecundum pro venditore allatum argumentum, quò me remiſſum volo.

Atque ita manet theſaurum ante traditionem in domo divēdita inventum, inter emptorem & inventorem, pro æquis partibus dividendum eſſe, nec quicquam juris venditorem in eo ſibi aſſerere poſſe.

DECISIO DECIMA.

Cui cedat theſaurus repertus in loco, in quo alteri uſusfructus conſtitutus fuit?

PLERISQVE in locis conſuetudine receptum videmus, ut ad liberos prioris matrimonii, morte unius ex conjugibus ſoluti, bona immobilia, proprietatis jure devolvantur, nō tantum, quæ à defuncto provenerunt, vel ſtante matrimonio, communi conjugū induſtria fuerunt quæſita ſed & quæ à ſuperſtite ejuſque linea obvenerunt, ſolo uſufructu ſuperſtiti reſervato; prout & bonorum illorum intuitu, liberis prioris matrimonii curatores dari ſolent, quam primum ſuperſtes ad ſecunda vota tranſierit; cujuſmodi conſuetudo, per totam Haſſiam in quotidiana eſt obſervantia. Moritur uxor, viduus ad ſecunda vota tranſit; ad refectionem ędiū, quas ſtante priore matrimonio à ſuis parentib ſucceſſionis jure acquiſierat, fabrum induxit; invenitur theſaurus; quæſitum cui cedat?

Dimidiam theſauri inventi partem quod attinet, res erat plana, deberi nimirum illam fabro, à quo inter reficiendum theſaurus caſu inventus fuit *per tex. in §. theſauros, Inſt. de rer. diviſ. l. unica, Cod. de Theſaur. l. ſi is qui 63. ff. de acq. rer. dom.* De altera dimidia dubitabatur, cuinā illa cedat? Nū liberis prioris matrimonii, an vero patri ipſorū?

Patri

Digitized by Google

Patri adjudicanda videbatur; *primò*, quia vigore conſuetudinis, eodem in loco ubi caſus contigit, receptæ, ad ſuperſtitem bona mobilia proprietatis jure pertinent; ideóque ad eundem etiam pecuniam inventam pertinere, quippe quæ de genere mobilium exiſtat; & de loco in locum transportari poſſit, quæ eſt natura & definitio rerum mobilium *l. 15. §. 1 de re judic. l. 1 de ædilit. edict. l. 2. de ſuppel. l. moventium 93. de verb. ſignificat.* Et ſanè ſi inventa fuiſſet ſtante adhuc priore conjugio, ſine omni dubio ſuperſtiti ceſſiſſet, quippe bonorum mobilium heredi; Ergo & eidem cedat neceſſe eſt, ſoluto matrimonio inventa, cum nulla poſſit dari diverſitatis ratio; & pecunia inventa ſemper fuerit manſeritque res mobilis, nec natura ejus morte conjugis alterata fuerit, aut etiam alterari potuerit.

Præterea non minus jure uſusfructus jure pecuniam inventam ſibi deberi pater contendebat; quippe cum uſusfructus pars ſit dominii & eoſdē effectus habeat *leg. 4. ff. de uſufr. l. 33. §. 1. eod. l qui uſumfr. 58. de verb. obligat. l. cum filius 76. §. 2. de legat. 2.* ut ita cum theſaurus inventus loci domino cedat, vel in totum, vel pro parte, pro ut vel ipſe vel tertius quis, invenit *l. unic. C. de Theſaur. §. Theſauros; Inſtit. de rer. diviſ.* merito etiam ipſi uſufructuario attribui debeat, Accedit, quod fruendi verbo omnia veniant cōmmoda & emolumenta, quæcunq; ex re, aliena, vel ejus occaſione percipiuntur, non modo naturalia *l. 9. in prin. l. 59. §. 1. & 2. de uſufruct.* ſed etiam civilia *l. 7. eod.* unde & aucupiorum, venationum & piſcationum reditus ad fructuarium pertinet, *l. 26. de uſur. l. 19. §. aucupiorum, de uſufr. l. 62. eod.* cum tamen feræ beſtiæ non ita cohæreant ſolo in uſumfructum cōceſſo, ubi theſaurus à terra, ceu adjunctum à ſuo ſubjecto, continetur.

Nec minus lucra etiam fortuita ad fructus referri, & ad utile dominium pertinere, inter alios tradit Weſenbec *in notis ad §. theſauros, Inſtit. de rer. diviſ.* allegans ad id *l. 7. §. ſi vir, ſolut matrimon.* ubi marmor cedit marito, fundi dotalis uſufructuario; *& l. 9. §. ſed ſi lapidicinas, de uſufr.* ubi creta, arena & alia in fundo reperta uſufructuario cedunt, maxime vero in præſenti uſufructu ita ſtatui debere, quippe

quippe cum uſufr. lege vel ſtatuto conſtitutus multa habeat ſingularia, puta, quod ſit immunis à ſatisdatione fructuaria, & à reddendis, finito uſu, rationibus *l.cum oportet 6. §.non autem, l.ult. §. 4. circa fin.C.de bon.quæ liber.*

Tertio. Valdè abſurdum & inquum eſſe, duobus quem oneribus onerari & gravari; id quod fieret ſi & proprietas auferretur patri, & inſuper etiam lucrum theſauri, in domo paterna, inventi eidem adimeretur.

Iniquitatem auget, *quartò*, quod domus in quâ repertus fuit Theſaurus, non à prædefuncta liberorum matre, ortum habeat, nec etiam communi conjugum operâ fuerit acquiſita, ſed ſuperſtiti patri ſucceſſionis jure obvenerit, & à parentibus ad ipſum pervenerit.

Facit *quartò*, quod domus in quâ theſaurus inventus fuit ſucceſſivè & continuativè apud parentes majoreſque patris ſuperſtitis fuerit, ideoque ab illis pecunia illuc abſcondita, & ad illos jure dominii pertinuiſſe credatur, cum quod in ædibus ſit per inhabitantes factum eſſe præſumatur arg. *l.11.de peric.& commod.rei vend.l.3. §.1.de offic præf vigil.* Cui conſequens foret, ad patrem ſuperſtitem nummos inventos ad inſtar aliorum bonorum mobilium pertinere; Nec obeſſe, certò monſtrari non poſſe pecuniam à majoribus inibi abſconditam fuiſſe & ad illos jure dominii pertinuiſſe; ſiquidem ad dominii probationem non requirantur apodicticæ demonſtrationes, ſed poſſint dominia rerum meris etiam inditiis probari, per text. *in l.inditia, C.de rei vendic.* & tradita à Menoch. *de arbitrar.judic. quæſt.lib.2.caſ.42.*

Accedit *ſextò*, quòd jus novum, ſtrictè accipi, nec facilè ad conſequentiam trahi debeat *arg.l quamvis,C.de teſtamen & l præcipimus,§ fin.C.de appellation.* prout in ſpecie de ſtatutis & conſuetudinibus communiter aſſeritur, quod ſtricti ſint juris, neque extra terminos ſuos extendi debeant, maximè ſi ſint juris correctoria, tunc enim per interpretationem coarctanda ſunt, & ita exaudienda, ut quàm minimum à jure communi per ea recedatur *d. l præcipimus, C. de appellationib.l.64.§ 9.ſolut.matrim.l.14.cum leg ſeqq ff.de legib.* Myn-

ſing. 1. obſer. 5. Geil. 2. obſervat. 33 per tot. l. gl. Jaſ. & Dd. commun. ad l. de quib. 32. de legib. Unde cum conſuetudo, qua de agimus, à jure communi planè recedat, auferens proprietatem bonorum patri, contra quàm jure tum civili, tum naturali proviſum fuit, utique intra ſuos terminos conſtringenda, nec ad theſauri acquiſitionem extendenda, prout regulariter exorbitantia, & quibus à jure communi receditur, ſtrictè accipi ſolent, nec ulterius jus mutatum cenſetur, quam quatenus id expreſsè cautum eſt, per trad. à Dd. commun. ad authent. quas actiones, C. de ſacroſanct. Eccleſ. ne aliàs unum jus exorbitans duo operaretur ſingularia, contra vulgatam practicorum theoricam.

Septimò pro patre, ejuſque intentione allegabatur, quod theſaurus in re feudali, vel prædio emphyteutico, inventus non ipſi proprietario, ſed vaſallo & emphyteutæ, utile dominium habentibus, cedat, uti poſt gloſſ. & Dd. communiter, tradit Schneidw. ad §. theſauros n. 6. & 7. Inſtit. de rer. diviſ. Corraſ. ad l. 1. n. 17. C. de jur. emphyt. Weſenb. de feud. cap. 12 numer. 4. cum duob. ſeqq. Rittershuſ. 2. feudor. 2. quæſt. 2. Roſenth. de feud. cap. 5. concluſ. 93 Niell. de feud. diſputat. ult. theſ. 6.

Denique pro cauſa patris facere videtur quod theſaurus in domo divendita inventus, utcunque ante traditionem inventus ſit, ipſi emptori cedat, eo quod emptor, quoad commoditates ex re vendita, vel occaſione illius provenientes, pro domino habeatur per ea, quæ quæſtione proximè præcedenti adducta fuerunt; & verò non minus ad fructuarium quam ad emptorem ad omnia commoda & emolumenta pertineant, l. 7. leg. 9. leg. 59. §. 1. & 2. ff. de uſufruct.

At his non attentis, pro liberis, contra parentem in caſu propoſito reſpondi. Siquidem juris eſt indubitati, theſaurum in re aliena inventum, pro parte dimidia loci domino cedere, l. unic. C. de theſaur. §. theſauro, Inſtitu. de rer. diviſ. l. ſi is qui 63. de acquir. rer. domin. Atqui domum in qua theſaurus inventus fuit ad liberos proprietate pertinere, conſtat, quippe cum ab antiquis temporibus introdu-

ctum

ctum & conſuetudine longæva receptum ſit, ut ad liberos prioris matrimonii, morte unius ex conjugibus ſoluti, bona immobilia proprietatis jure devolvantur, ſolo uſufructu ſuperſtiti reſervato. Nec etiam uſusfructus jure theſaurus inventus patri debebitur; ſiquidem theſaurus fructus fundi, nec naturalis, nec civilis, cenſeri poteſt *per text. apertum in l. 7. §. ſi fundum ff. ſolut. matrim. quemad. dos petat.* Facit in ſimili, quod theſaurus, in fundo dotali inventus non cedat marito, ſed uxori reſtitui debeat, per text. *in d. l. 7. §. ſi fundum. dum ſolut. matrim.* ubi Ulpian. Si theſaurus, inquit, in fundo dotali à marito fuerit inventus, in fructum non computabitur, ſed pars ejus dimidia reſtituetur, quaſi in alieno inventi. Idem in aliis etiam uſufructuariis obtinere, nec uſufructuario, ſed domino proprietatis, theſaurum cedere, ex ratione modo adducta cōcludit & infert Molin. *in conſuetud. Pariſ. part. 1. §. 1. gloſſ. 1. nu 43.* quem allegat & ſequitur Moller. *lib. 4. Semeſtr. cap. 27.* conſentit Schneid. *ad §. Theſauros, Inſtit. de rer. diviſ.* Weſenb. *ibid. in notis ad verb. alieno loco*, ubi pro alieno loco, & illum reputat, in quo quis uſumfr. habet.

Nec obſtant rationes, pro parente ſuperius adductæ. Etſi enim *primò* vigore conſuetudinis eodem in loco, ubi caſus contigit, receptæ ad ſuperſtitem bona mobilia proprietatis jure pertinent, illi tamen conſequens non eſt, pecuniam poſt mortem uxoris inventam ad eundem etiam pertinere; ſiquidem quod mobilia bona ſuperſtiti cedunt, id de ejuſmodi rebus exaudiri debet, quæ ſtante matrimonio poſſeſſæ fuerunt, id quod obtinet in theſauro, qui, ſtante adhuc priori conjugio, inventus fuit, non vero quem poſt mortem uxoris, ſors obtulit, licet enim domus in qua inventus fuit, à conjugibus communiter fuerit poſſeſſa theſaurus tamen poſſeſſus nō fuit *l. 3. § 3. de acqu poſſeſſ.* nec etiam in dominio conjugū extitit *arg. l. 1. §. 1.* eo quæ eſt diverſitatis ratio, cur pecunia, ſtante adhuc priori conjugio, invēta ſuperſtiti cedat, nō verò quæ morte uxoris, matrimonio ſoluto, primum inventa fuit, utcunq; pecunia inventa ſuperfuerit māſeritq; res mobilis, nec natura ejus morte cōjugis alterata fuerit,

 aut etiam

etiam alterari potuerit; cum non ſufficiat, rem ſui natura eſſe mobilem, ſed illud inſuper deſideretur, ut in dominio & bonis conjugum fuerit, id quod de pecunia inventa dici nequit, ideoque non parenti ſed liberis, quippe bonorum immobilium proprietariis cedet, prout aliàs etiam theſaurus inventus proprietatem ſequitur *d. l.un. C de theſaur § theſauros, Inſtit.de rer.diviſ.*

Secundum pro patre allatum argumentum reſolutionem habet ex ſecunda ratione decidendi, pro liberis adducta, ubi oſtenſum, quod theſaurus, nec naturalis nec civilis fundi fructus cenſeri queat. *per textum in l fructus 7. §.ſi fundum, ſolut. matrim.* ubi Ulpian. theſaurum in fundo dotali inventum negat marito inventori cedere, quia ad maritum fructus tantum ex fundo dotali percepti pertineant, theſaurus autem in fructum computari & pro fructu haberi nequeat.

Nec obſtat, quod parenti omnium bonorum immobilium uſusfructus competat, & vero fruendi verbo omnia veniant commoda, quæcunque ex re, in qua quis uſumfructum habet proveniunt, vel ejus occaſione percipiuntur *l.7.l.9.l.59.de uſufr.* prout enim theſaurus, nec ex re ipſa, enaſcitur, ita nec occaſione ejus provenit, ſed à primo deponente ſecuritatis cauſa illuc abſcōditus fuit; aſſervaatus ſanè & inventus fuit in fundo, at ut ibi eſſe cœperit, fundus nihil fecit, ſed ſola deponentis voluntas in cauſa fuit, ut ita theſaurus nullam habeat ſimilitudinem, cum exemplis relatis *ex l.7.§.1. l.9. l.19. §.aucupiorum, l.59. §.1. & 2.l.62.de uſufr.* Æquè non obſtat, quod lucra etiam fortuita ad fructus referri, & ad utile dominium pertinere dicebantur, indeque inferri voluit, eodem jure theſaurū etiam uſufructuario cedere; ſiquidem, quod attinet *l.7.§.13.ſol.matrim.* pro confirmatione majoris allatam contrarium potius ex lege adducta evincitur, quippe cum *in § proxima præcedenti 12.* theſaurus in fructu eſſe, negetur, ac proinde uxori reſtitui jubeatur. Immò nec marmor, de quo *in §. 13.* diſſeritur in fructu eſt, niſi tale ſit; ut lapis ibi renaſcatur, prout ſe ipſum exponit Ulpianus ibidem, idem habendum & judicandum de exemplis, adductis *ex leg. 9. §.*

ſed

Digitized by Google

ſed ſi lapidicinas, de uſufr. ſiquidem, ſi ſit lapis renaſcens in fructu eſt *d. l. 7. §. 13. in fin ſolut. matrim.* id quod de theſauro dici nequit. Manet igitur, nec jure uſus fructus, parentem pecuniam inventam ſibi aſſerere poſſe. Ac licet uſusfructus lege vel ſtatuto conſtitutus multa habeat ſingularia, *l. 6. §. non autem, l. ult. §. 4. C. de bon. liber.* illi tamen conſequens non eſt, quod proinde theſaurus etiam cedat parenti, cui ex ſtatuto & conſuetudine loci uſusfr. competit; & comprobati aliàs ſub generali natura & jure uſusfructus manebunt, & inde deciſionem habebunt.

Tertium pro parente uſufructuario adductum argumentum quod attinet, ſanè non negamus duram eſſe conſuetudinem, quâ ſuperſtiti proprietas bonorum & quidem illorum etiam, quæ ab illo ejuſque linea, obvenerunt, aufertur, & liberis aſſignatur, ſolo uſufructu ipſi reſervato; at licet dura ſit, quia tamen ita recepta eſt, utique etiam ferenda ſunt & alia inde dependentia, nec circa lucrum theſauri in domo paterna inventi aliud ſtatui, & parenti uſufructuario aſſignari poterit.

Unde & ſponte corruit, quod *quartò* afferebat, domum in qua repertus fuit theſaurus non à prædefuncta liberorum matre ortum habuiſſe, nec etiam communi conjugum operâ fuiſſe acquiſitam, ſed ſuperſtiti parenti ex ſucceſſione paterna obveniſſe; ſiquidem cùm conſuetudo illa ſe extendat etiam ad bona, ſuperſtitis propria, utique illi ſtandum erit, donec alio contrario ſtatuto tollatur & emendetur.

Non exiguæ importantiæ eſſet *quintum* pro parente allatum argumentum, ſi doceri poſſet à majoribus ipſius pecuniam cuſtodiæ & ſecuritatis eam illuc repoſitam & abſconditam fuiſſe, pro ut probatio incumberet parenti theſaurum eſſe neganti: quippe cum in negativa intentionem ſuam fundet, & in effectu affirmet potius, quam neget, contendendo pecuniam inventam à majoribus ſuis ſuis ſecuritatis cauſa, quò à furibus & latronibus tutius præſervari potuiſſet, abſconditam fuiſſe, quo caſu, quando nimirum quis in negativa intentionem ſuam fundat, & quando negativa ad affirma-

Digitized by Google

tivam reduci poteſt, neganti probatio incumbit *l. 8. l. 25 ff. de probationibus, & præſumpt. l. 15. C. eod. l. 7. §. fin. ff. de liber. cauſ.* Atqui probatum non cenſebitur, ex eo, quod domus, in qua theſaurus inventus fuit, ſucceſſive & continuativè apud parentes majoreſq; patris ſuperſtitis fuerit, quippe cum à famulis, hoſpitibus, vel aliis etiam peregrinis, pecunia inibi reponi potuerit, ut ita non probat hoc eſſe quod ab eo contigit abeſſe *leg. neque natales 10.* ubi gloſſ. & Dd. *commun. Cod. de probationibus. l. non hoc 4. Cod. unde legitim. & unde cognat.*

Quod *ſextò* addebatur, jus novum ſtrictè accipiendum, nec ad conſequentiam trahendum, ideoque cum conſuetudo, qua de agitur, à jure communi planè recedat, auferens proprietatem bonorum patri, jure tum civili tum naturali ipſi debitam, intra ſuos terminos illam conſtringi, nec ad theſauri acquiſitionem extendi debere, id inquam ex eo facilè diſſolvitur, quod ſtatuta cujuſque loci attendenda, & ſecundum literam obſervanda ſint, etiamſi juri communi conſentanea non ſint, ſed ab eo per talia ſtatuta recedatur, Jaſon *in l. cunctos, C. de ſumm. trinit.* & Dd. communiter *in l. omnes populi ff. de juſt. & jur.* quæ interpretandi ratio circa conſuetudines etiam obtinet, quippe quod ſtatuta & conſuetudines æquiparentur parique paſſu ambulant, Weſenbec. *conſil. 1. numer. 56. & conſil. numer. 53. numer. 50.* Mynſing. *reſponſ. 49. numer. 26.* ſiquidem conſuetudo nihil eſt aliud, quam lex, ſive ſtatutum tacitum, *§. ex non ſcripto, Inſtitut. de jur. natural. gent. & civil l. de quib. ff. de* *§. Vult. 2. conſ. Marpurgenſ. 29. n. 38.*

Quapropter, cum in caſu propoſito de conſuetudine loci liberis proprietas bonorum immobilium, debeatur, utique non licebit jura proprietati annexa, cujuſmodi etiam eſt theſauri acquiſitio, inde eximere, & uſufructuario adſcribere.

Quod *ſeptimò* afferebatur, Theſaurum in re feudali, vel prædio emphyteutico, inventum non ipſi proprietario, ſed vaſallo, & emphyteutæ, utile dominium habentibus, cedere, inter diſſidentes

tes hæret opiniones, quippe non deſunt, qui ipſi proprietario theſaurum aſſignant, quos ſequitur Bocer. *claſſ. 4. deſput 3. theſ. 48. per text. in l. fructus 7. §. ſi fundum, ſolut. matrimon.* & quod nec emphyteuta fundi emphyteutori, nec vaſallus prædii feudalis dominus exiſtat per text. *in l. 1. §. ult. ſi ag. vectig. petat. & 2. feudor. 23. §. ultim.* ut ita dubium, & incertum, per æquè incertum & dubium probari nequeat.

Ultimum pro cauſa patris allatum argumentum quod attinet, nihil concludit, à ſeparatis deſumitur, adeoque *l. 20. ff. de minoribus.* longè ſiquidem alia eſt ratio theſauri in domo divendita ante traditionem inventi, quàm theſauri in fundo, in quo alteri uſusfruct. conſtitutus fuit, reperti, uti luculenter conſtabit ex his, quæ quæſtione proximè præcedenti diſputata fuerint.

DECISIO UNDECIMA.

Num pecunia in emptionem rei immobilis à defuncto patre ſam deſtinata pro immobili ſit habenda, ad eoque immobilium bonorum hæredi cedat?

DE ſucceſſione conjugum ſi quæratur, ante omnia pactis dotalibus ea de re quid ſit cautum, inquiri debebit; cum enim jure noſtro civili parcius de hoc ſucceſſionum genere tractatum & conſtitutum ſit, pactis dotalibus, ut plurimum id ſuppleri, deque mutua deſponſatorum ſucceſſione ſponſionis tempore tractari caverique ſolet; nec pactis hujuſmodi contraveniri poſſe ſed omnimodo illa ſervanda eſſe docent Cameræ Imperialis præjudicia, de quibus referunt & teſtantur Mynſinger. *2. obſervat. 33. Geilius obſervat. 124. numer. 1. & obſervat. 126. numer. 5. libro ſecundo, obſervat practic.* ut ita & hic proviſio hominis potior ſit proviſione legis *leg. fin. Cod. de pactis.* Pactis deficientibus, ad conſuetudines,

Statu-

ſtatutaque locorum, ubi caſus mortalitatis contigit, tranſeundum, & quid conſuetudine longæva introductum vel ſtatuto loci cautum ſit animadvertendum *leg. de quibus 32. de legibus.* Conſuetudines ea in re variant, diverſaſque diverſis in regionibus videre licet.

Pleriſque in locis uſu ſervari videmus, ut ad ſuperſtitem conjugem bona mobilia pertineant, immobilia verò proximi defuncti cognatis cedant. Eadem conſuetudo in civitate, ubi caſus, de quo diſquirere conſtituimus, contigit, ab immemoriali tempore obſervata, ſtatutoque comprobata fuit; uti conſtabat inter omnes & ex libro civitatis in quem ſenatus conſulta decretaq; referri ſolebant ſufficienter docebatur. Moritur ibi Titius ſine liberis & parentibus, ſineque teſtamento, & ultima voluntate, relictis poſt ſe uxore ex parte una, & fratribus ex parte altera, boniſque tum mobilibus tum immobilibus, inter utroſque dividendis.

Ex mobilibus duo aderant florenorum millia, repoſita & deſtinata in emptionem prædii; nec enim in uſus domeſticos pecuniam hanc defunctus erogare ſolitus fuit, ſed eam in rem, aliam alibi repoſitam habuit pecuniam. De quo defuncti propoſito, non multum inter cohæredes diſceptabatur; facilè quippe probari potuit, defunctum ejus animi fuiſſe, ut qui multoties hanc animi ſui intentionem apud alios declararat, quin & in præſentia cohæredum, ſi non omnium plerorumque tamen propoſitum ſuum lecto decumbens pridie mortis ſuæ ad longum repetierat, addens potuiſſe ſe pecuniam, quam multo tempore in ciſta, prope lectum locatâ, repoſitam habuerit in penſiones annuas collocare, indeque reditus annuos augere, at cum fragilis res ſit pecunia, & debitorum fides hiſce temporibus, valde lubrica, bonorumque cenſiones nimis frequentes, maluiſſe ſe in ſui memoriam familiæ ornamentum, majoriſque ſecuritatis cauſa, prædium quoddam domicilio ſuo vicinum inde comparare; fuerat & cum quodam prædii cujuſdam poſſeſſore in tractatu ejus rei; at morte præventus effectui dare non potuit, quod cogitavit; Eo mortuo contentio ſuborta fuit inter viduam bono-

tum

rum mobilium hæredem & fratres defuncti, hæredes bonorum immobilium, de pecunia modò dicta, quam defunctus in emptionem prædii, adeoque rei immobilis, deſtinarat, nec in quotidianos uſus erogare ſolebat, utraque parte ſibi illam deberi contendente.

Bonorum immobilium hæredes urgebant *cumprimis* fratris defuncti deſtinationem; Cum enim pecuniam illam, ab ea quam in uſus quotidianos & rei familiaris neceſſitatem exponere ſolebat, ſepararit, & in emptionem prædii indubitanter deſtinarit, hanc ejus deſtinationem hoc operari putabant, ut res emenda pro empta habeatur & perinde cenſeatur ac ſi re ipſa prædium emptum fuiſſet, per ea quæ de natura & jure deſtinatorum à noſtris paſſim traduntur; puta quod deſtinatum & factum per paria cenſeantur, actus deſtinatus pro re perfecta reputetur, deſtinatum ad rem habeatur pro re ipſa, ſapiat & induat naturam ejus in cujus locum deſtinatum eſt, *gl in l.fin.Cod. de dot promiſſ & in l.19.§.11.de aur.& arg.legat.Bart. Alex. Jaſ.& alii ad leg.cætera,§ ſed ſi paraverit.de leg.1 Bald. ad l.3.C.de furt.Felin.in c.cum adeo, extr.de reſcript.Caſtrenſ.ad l.ſi non ſortem,§.adeo, de condict.indeb.& ad l.1.§ ſervi, ad Syllan: Jaſ.ad l. divertio, § interdum, ſolut. matrim.Gabriel.Roman.communium concluſ. l 1.tit. de præſumpt.concluſ. 12.Tiraq.de retract.lib.1 §.1.gl.7.n.103. Alberic. de ſtatut.part.2 qu.209. Cotta in memorabilibus verb.veſtibus legatis, Moller.3.ſem. 24 Geil.2. obſ. 11.num.2.nu.12. ad id allegans l.eum aurum 19.§.infecti autem, de aur.& arg legat.* ubi argentum, quod cœptum fuit fabricari, non dum tamen perfectum fuit, pro perfecto habetur, nec infecti, ſed facti argenti appellatione venit. Facit *l.fundi 17.§.fin.de action.empt.* ubi pali hac mente exempti è numero reliquorum, ut in vineam collocētur, pro parte fundi habentur licet reipſa nondum locati ſint. Adde *l.1.§.3 de pollicitationib.* ubi qui locum operi publico faciendo deſtinavit, ipſum opus cœpiſſe cenſetur, adeoque pro obligato habetur, utcunque aliàs ſine cauſa, atque ita inutiliter promiſiſſet, proindeque nec obligatus fuiſſet.

Quibus & ſimilibus textibus comprobatur, deſtinatum, & per-

 fectum

fectum per paria cenſeri, & utrobique idem juris obtinere. Et certè deſtinationem patrisfamil. in quavis attendendam eſſe, illaque fieri, ut ſit, quod non eſt, multis ſi opus eſſet demonſtrari poſſet exemplis.

Exemplum occurrit *in l. locus 60. de verb. ſign.* ubi deſtinatione poſſeſſoris, fundus à loco ſeparatur, ut & modicus locus poſſit fundus dici, ſi fundi animo eum habuimus, & quælibet portio fundi, poterit fundus appellari, ſi ita dominus decreverit & fundum unũ in plures diviſerit. Sic ſi teſtator eodem inſtrumento in plurimis agris uſus fuit, & quæratur, cujus agri ſit inſtrumentum, & unum legatum cenſeatur vel non, voluntas & deſtinatio patrisfamilias attendenda venit;

Cui enim agro principaliter deſtinavit ejus inſtrumentum erit, ita ut cæteri agri ab hoc agro veluti mutuentur *l. quæſitum 12. §. 14. de inſtruct. & inſtrum. leg.* Aliud hujus rei exemplum ſe offert *in l. urbana 166. de verbor. ſignif.* ubi urbanus & ruſticus ſervus deſtinatione patrisfamil. diſtinguuntur, ita ut urbanus ſit, qui ruſticus, & viciſſim ruſticus, qui urbanus videbatur, prout paterfamil. hunc vel illum, hoc vel illo modo habuit. Sic ſi quæratur pertinentiarum appellatione, quænam veniat deſtinatio patrisfamil. attendi debet, hæ quippe pertinentiæ conſtituuntur & æſtimantur per tradita à Geilio *2. obſerv. 62 n. 5. & obſerv. 63. n. 1.* plura ejus rei exempla referuntur ab interpretibus ſupra relatis, quibus adde Gœdd. *libr. 3. conſ. Marpurg. conſ. 33. n. 121.*

Et hæc de primo, quo bonorum immobilium hæredes palmam obtinere conabantur argumento.

Deinde pro illis non parum facere videbatur, quod defunctus nõ verbis tantum hoc animi ſui propoſitum expoſuerit, ſed ad rem ipſam quoque venerit, tractatumq; habuerit, cum poſſeſſore prædii vicini, ita ut tractatus in tractatum procul dubio abiiſſet, niſi mors interveniſſet; Atqui juris, quod potentia actui propinqua, pro ipſo actu, & tractatus contractui proximus, pro ipſo contractu habea-

habeatur, amdonente Baldo *ad l. penultim. de milit. teſtam.* ubi paria ſunt, inquit, aliquid eſſe factum, vel in proximo faciendum per text. *in d. l. penult.* ubi cum dubitaretur, An teſtamentum à filiofamil. jure militari factum ſubſiſtat, qui tempore conditi teſtamenti gladio necdum cinctus ſit, jure id ſubſiſtere à Papinian. reſponſum fuit, ſi proximè ante actum cingendi teſtamentum factum ſit, ut ita proximus cingi habeatur pro cincto cui concord. *in l. 19. §. 11. de aur. & argent. leg.* ubi argentum quod cæptum fuit fabricari nondum tamen perfectum fuit, pro perfecto habetur & argenti facti appellatione venit, quo intuitu etiam Licentiatus vulgo dici ſolet, cui promoveri di poteſtas & licentia data fuit, utcunque reipſa, & ipſo actu promotus non ſit.

Tertiò allegabatur, quod defunctus paulò ante mortem animi ſui intentionem repetierit, & apertè quo loco pecuniam illam habuerit, haberique velit, ſe declararit; Atqui juris quod ultima defuncti voluntas pro lege ſit habenda, & inſtar legis ſervanda per textum *in Novell. 22. cap. 2. in prin.* atque ita in pecunia deſtinata per teſtatorem ad emptionem prædiorum, conſulendo reſpondit Socinus junior *2. conſil. 249. numer. 27. citatus à Geilio dict. obſerv. 11. nu. 6.* quin enim lege caveri & introduci poſſit, ut pecunia ad emptionem rei immobilis deſtinata, pro immobili habeatur, nullatenus dubitandum; Quare nec dubitari debebit, de ultima patrisfamil. voluntate; ut cui vis legis authoritate legiſlatoris apertè tributa fuit.

Quartò facit in ſimili, quod quæ pro neceſſitate caſtri, vel fortalitii repoſita ſunt, pro immobilibus habeantur, nec bonorum mobilium hæredi cedant, cujuſmodi ſunt bombardæ, catapultæ, baliſtæ, pulvis tormentarius, & alia id genus arma & munimenta bellica, per ea quæ tradit Tiraquell. *de retract. libr. 1. §. 1. gloſſ. 7. num. 96. cum ſeq.* Idemque de frumento pro neceſſitate fortalitii repoſito à Scabinis Lipſenſibus reſponſum fuiſſe, refert Moller. *3. ſemeſtr. 24. num. 4.*

Digitized by Google

Quod omne cum ex deſtinatione patrisfam. fiat, eaque faciat, ut ad uſum rerum immobilium deſtinata naturam exuant, & pro immobilibus habeantur, idem quoque ex identitate rationis de caſu præſenti dicendum videtur.

Facit *quintò* exemplum pecuniæ in uſum cambii collatæ & mẽſis argentariorum deputatæ; hanc enim inter immobilia computandam ſcribit Bald *in c. cauſa, num. 4. extr. de re judic.* quem ſequitur Rom *ſign. 104. Geil dict. obſerv. 11 n. 7.* ratio eſt, quia pecunia illa in uſum rei perpetuo duraturæ deſtinata eſt, quem in finem, cum & illa qua de agitur deſtinata ſit, eandem etiam illius qualitatem eſſe conſequens videtur.

Confert *ſextò* quod pecunia, quæ pro conſervatione patrimonii repoſita eſt, & inſtar theſauri à patrefam. aſſervatur, nec in uſus quotidianos erogatur, immobilibus annumeretur, per ea quæ tradit Jaſ. *in l. 1. § fuit quæſitum, num. 38. ad SC. Trebellian. relatus à Geil. d. obſerv. 11. num. 8;*

Septimò idem exinde evinci volunt, quod quę ex re aliqua conficitur pecunia, naturam & qualitatem rei unde venit retineat; Cui conſequens videtur, quod quæ ad rem aliquam conficiendam deſtinata fuit pecunia, naturam & qualitatem rei, ad quam deſtinata eſt, recipiat.

Cujus *octavò* exemplum ponunt in pecunia ex venditione rerum immobilium confecta; hanc enim pro immobili habendam plerique putant, cum ſurrogatum ſapiat naturam ejus, in cujus locum ſurrogatum eſt, eodemq; jure cum illo cenſeatur per vulgata & allegata à Gœddeo *lib. 3 conſ Marpurg. conſ. 33. n. 118.*

Aliud *nono* exemplum ponitur, in pecunia ex venditione feudi redacta, hanc enim pro feudali; adeoq; re immobili haberi tenet Henning. Gœdd. *conſ. 18. n. 3.* atque ita etiam in curiis Saxonicis judicatum fuiſſe, refert Weſenb. *de feud. c. 7. n. 9.*

Decimò facere videtur, quod pecunia in emptionem annuorum redituum collata rebus immobilibus annumeretur, æque ac ipſi editus empti pro immobilibus computantur per textum *in clementin.*

mentin.ex vi. §. eumq; annui reditus de verb.ſignif. & allegata à Geil. 2. obſ. 10. Mynſing. 1. obſ. 69.

Vndecimo textus ad hanc rem ſingularis eſſe putatur *in l. 3 §. de contrar. & util. tut. act.* ubi cum pecunia pupilli, ad emptionem prædiorum depoſita, ſine decreto magiſtratus creditori in ſolutum dari, adeoque alienari nequeat, pro immobili illam haberi inferunt, cum in rebus immobilibus hoc juris ſit, ut ſine decreto, & autoritate magiſtratus alienari nequeant, mobilia verò licitè poſſint, *leg. 1. de rebus eorum qui ſub tut. vel curat. ſunt ſin. decret.*

Idem *duodecimo* probari putant per text. *in l. 15. §. fin. de re judic.* ubi dum quæritur, An pecunia pupillaris, ad prædiorum comparationem repoſita, citra permiſſum prætoris, ab eo qui judicatum exequitur, pignoris jure capi, & in cauſam judicati converti poſſit, immobilem illam eſſe præſupponitur; cum de mobilibus, quin ſine decreto alienari adeoque pignori capi poſſint, nulla ſit dubitatio *d. l. 1. de rebus eorum qui.*

Deniq; plerorumque JCtorum & interpretum autoritatibus intentio hæredum, pecuniam ad emptionem rei immobilis deſtinatam, pro immobili habentium nititur; ut videre eſt apud Zaſ. *in l. ſi certos, numer. 10. de verbor. obligat.* Fulgoſ. *in leg. 15 §. fin. de re judic.* Roman. *ſingul. 104.* Tiraquell. *de retract. §. 1. gloſſ. 7. ubi plures hanc ad rem citat.*

At his non attentis pecuniam in emptionem prediorum à defuncto deſtinatam rebus mobilibus annumeratam, viduæque adjucatam memini. Cum enim *primò* ex conſuetudine & ſtatuto loci ad cognatos immobilia pertineant eaque ſola, utique pecuniam utcunq; in emptionem rerum immobilium deſtinata fuiſſet, ad illos minime pertinere conſequens eſt, quippe cum immobilium verbo veniant res uſu non conſumptibiles; Atqui conſtat pecuniæ uſum eſſe fragilem, & ex communi Dd. opinione iis rebus annumerati quæ ſervando ſervari nequeunt, *per text. in §. conſtituitur, Inſtitut. de uſufr. & allegata à Geilio d. obſ. 11. n. 3.* nec qualitas illa pecuniæ propria, eique ingenita, per deſtinationem in emptionem rei immobilis

factam immutatur; noſtra quippe deſtinatio naturam rei non mutat *per trad.* à Boer. *deciſ. 209.* Jaſ. *in l.cætera 41. §. ſed ſi paraverit. n.1. 18. 19. de leg. 1.* Moller. *3. ſem. 24. n.3.*

Porrò in ſtatutis verba propriè accipi debere vulgata eſt practicorum Theorica: quare, dato, pecuniam in emptionem rei immobilis deſtinatam pro immobili haberi, non tamen rerum immboilium hæredibus cederet, quia aliud eſt eſſe tale, & aliud, haberi pro tali *l. mercis 207. de verb. ſign.*

Tertiò uxori ſuperſtiti debentur mobilia, hoc eſt, quæ de loco in locum moveri & tranſportari poſſunt; atqui eandem eſſe pecuniæ naturam & qualitatem conſtat, nec conditionem illam deſtinatio, qua de agimus, mutavit, per ſuperius dicta.

Quartò inter alia mobilia pecuniam quoque ex ſtatuto viduæ deberi, conſtabat utrinque, quare debebitur & illa quæ in emptionem rei immobilis deſtinata fuit, cum aliud de illa, alio ſtatuti capite, cautum non inveniatur.

Quintò ſtatuentes juri civili ſe conformaſſe cenſentur; atqui jure communi pecuniam inter mobilia pertinere, text. eſt apertus in *Nov. 22. c. & quia parum 45. verſ. ſi verò univerſa*; nec ullibi pecunia in emptionem rei immobilis deſtinata excepta legitur.

Facit *ſextò* dictum Baldi communiter à noſtris approbatur determinationem non ſumi ab eo quod erit, ſed ab eo quid eſt; cujus exemplum habemus *in l. ſi fundi 17. §. ea quæ, de actionib. empt.* ubi quæ parata ſunt, ut ædificio imponantur, ædificii eſſe negantur, quod utique dicendum, ſi deſtinatio attendi deberet.

Sic tegulæ, quæ nondum ædificiis impoſitæ ſunt, quamvis tegendi gratia allata ſint, ædificii non ſunt, ſed in rutis & cæſis habentur *l. granaria 18. §. 1. eod. l. in rutis 241. d. verb. ſign.*

Similiter ſi ad ædificium deſtinata legentur, non inutile legatum erit *l. cætera 41. §. ſed ſi 14. de leg. 1.* prout inutile & invalidum exiſtit, ſi quæ ædibus juncta ſunt legentur, *d. l. 41. §. 1.* Et ſi, quæ legata ſunt, poſtea à teſtatore ædibus deſtinentur, legatum non extinguitur,

Digitized by Google

tur, *d. §. ſed ſi*, quemadmodum extinguitur, ſi quæ legavit teſtator ædibus junxit *d. l. 41. §. ſed ſi ea.*

Sic carbonibus legatis, lignum ad carbones faciendos deſtinatum, legato non continetur, nec legatario cedit *l. 55. §. ſi lignū, de leg. 3*

Eadem ratione, libris legatis, nondum perſcriptos non contineri, neq; chartis legatis papyrum ad chartas paratam venire, monet Ulp. *in l. librorum, §. 5. cum ſeq. de leg. 3.*

Aliud ejuſdem rei exemplum occurrit *in l. ſi id 58. §. 2. Pro ſocio*, ubi ſi pecunia ad mercem emendam à ſocio deſtinata pereat, nihil eo nomine, actione pro ſocio is cujus pecunia fuit à ſocio conſequetur, quia per ſolam deſtinationem pecunia ſocialis non fit, ſed actualis collatio deſideratur. Sic ſola dedicationis deſtinatione non tranſit res privata in ſacram, nec inde ſacra fit. Unde ſi rem templo deſtinatam, at nondum dedicatam, quis furto auferat, templo non quæritur furti actio, ſed competit ei, qui in uſum templi rem illam deſtinarat, *leg. ſi nondum 3. Cod. de furt.* Siquidem votum & deſtinatio perſonam voventis, non rem quæ vovetur, obligat, nec ex profana ſacram facit ut ait Ulpian. *leg. 2. in princ. de pollicitat.*

Unde & *in leg. 35. de lib. cauſa* Papinianus ſervos ad templi cuſtodiam, quod ædificari Titia voluit, deſtinatos, neque manumiſſos hæredis manſiſſe, neque templo deſtinatione illa quæſitos eſſe, reſpondit.

Septimò viduę intentio ſummâ æquitatis ratione nititur, quod ſi enim mariti deſtinatio attendenda foret, apertè in fraudem viduarum id ſtatueretur, quæ hujuſmodi facto, jure ſuo facile privari poſſent, quod non eſt ferendum.

Octavò facit deciſio Lipſenſium de caſu haud abſimili relato apud Moller. *3 ſem. 24.* ubi cum ex ſtatuto loci viduis dimidia pars comeſtibilium, & eorum quæ ad potum parata ſunt, deberetur, illius etiam frumenti dimidium viduæ adjudicatum fuiſſe refert, quod repoſitum habuit maritus, ut venderet, venditum autem ab ipſo vivo non fuit.

Deniq;

Digitized by Google

Deniq; interpretum autoritate ſi pugnandum foret, plures numero afferre liceret, qui negant, pecuniam ad emptionem rei immobilis deſtinatam, pro immobili habendam, prout illam cõmunem dicit & interpretum autoritate confirmat Gel. 2. *obſer. 11. nu. 3.* quam meritò ſequimur, non quia communis eſt, ſed quia firmiſſimo nititur fundamento; Cum enim certa ſit juris regula, pecuniam ad res mobiles pertinere, & vero exceptio, Niſi in emptionem rei immobilis ſit deſtinata, nulla ſpeciali lege introducta inveniatur, prout omnem exceptionem ſpeciali lege probari oportet *l 5. de probat.* utique ſtandum erit regulæ, nec dubia adverſus illam admittenda exceptio.

Quo fundamento vel ſolo, utcunque aliis ſupra relatis argumentis deſtitueremur, poſterior hæc noſtra opinio confirmari, omniaque in contrarium adducta ſubverti poſſent; Quod ſi enim, quæ pro ſtabilienda alterâ opinione adducebantur, ad Lydium lapidem juris noſtri examinemus, communes juris aphoriſmos, ſententias generales & argumenta topica conſpiciemus; atqui talia ad juris conſtitutionem nihil facere, nec ex illis jus juriſve conſtituti exceptionem deſumi poſſe, evidẽtibus argumentis ſupra evicimus & comprobavimus, maximè verò Reſponſo Pauli, quod de autoritate regularum & ſententiarum hujuſmodi à compilatoribus juris in principio tit. ultimi Digeſtorum refertur, ubi apertis verbis ex regulis quales continentur *d. tit. ultim.* & aliàs ex legibus collectæ circumferuntur, jus ſumi negatur. Quare, cum, ut paulo ante diximus, certi ſit juris pecuniam ad res mobiles, ceu exemplum & ſpeciem pertinere *per text. in Nov. 22. c. & quia*; nec ullibi pecunia, à patrefamil. in emptionem rei immobilis deputata, excepta legatur utique ſtandum erit regulæ, nec ex aphoriſmis juris, & argumentis topicis exceptionem conſtringere licebit, quippe cum omnem exceptionem ſpeciali lege probari oporteat, monente inter alios eodem Paulo *in l. 5. de probat. & præſumpt.*

Quibus ita præmiſſis, videamus, quid ad ſingula, quibus bonorum immobilium hæredes intentionem ſuam ſtabilire, & pecuniam

Digitized by Google

cuniam, quâ defunctus paterfam. prædium emere conſtituerat, ſibi vindicare intendebat, reſpondendum ſit. Urgebant *primò* fratris defuncti, de cujus ſucceſſione quæritur, propoſitum & deſtinationẽ. Cum enim pecuniam, quâ de agitur, ab aliis quam in uſus quotidianos, & rei familiaris neceſſitatem exponere ſolebat, ſepararit & in emptionem prædii indubitanter deſtinarit, hac ejus deſtinatione fieri concludebat, ut res emenda pro empta habeatur, & perinde cenſeatur ac ſi re ipſa prædium emptum fuiſſet, quo caſu ſine dubio ad ipſos res empta pertinuiſſet. At ſciendum primo axioma adductum Brocardicon eſſe, promiſcuè & indifferenter ſe habere ideoq; cum in utramque partem leges & exempla extent, nihil inde certi concludi & inferri poſſe, ſed oportere eum, qui intentionem ſuam in eo fundat, in terminis & in ſpecie fundamentum intentionis ſuæ probare, prout rectè animadvertit Dominus Vigelius *5.deciſ.67.* *Deinde* ſola ac nuda deſtinatione patrisfamilias rei naturam non mutari rectè monuerunt Jaſ *ad l. catera 41. § ſed ſi paraverit, de legat. 1.* Boer. *deciſ. 209.* Moller. *3. ſemeſtr. 24. n. 3.* cujus evidentia exempla extant *in l. 3 C. de furt. l 2. de pollicitat. l 35. de liber. cauſ l. fundi 17. § pen & ultim. de act. empt. l granaria 18. § 1. eod. l ſi id 58. § 2 pro ſoc. l. 55. § ſi lignum, de leg 3.* Præterea, ut deſtinatum pro re perfecta habeatur, forma & finis in ipſa deſtinatione adſit neceſſe eſt, alioquin pro actu perfecto non habebitur *d leg. 17. § item quod inſula, 5. de action. empt l. urbana 166. leg. Carbonem 167. de verb ſign.* Jaſ. *ad d. l. catera, § ſed ſi paraverit, n. 18. cum ſeq. & ad l 7. § interdum, ſolut. matrim. Felin. c. cum adeo, extr. de reſcript.* cujuſmodi requiſitum Cujac. in caſu præſenti deſit, locum non habebunt ea quæ de natura & jure deſtinatorum à noſtris paſſim traduntur, nec pecunia ad emptionem rei deſtinata, pro re empta habebitur. Adhæc ut deſtinatum ad rem habeatur pro re ipſa, & induat naturam ejus in cujus locum deſtinatum dicitur, non ſufficit deſtinationem obiter factam fuiſſe, ſed neceſſe eſt apertè & expreſſa deſtinantis declaratione illam fieri monente Cravetta *conſ. 898. nu. 21.* Cujus illuſtre exemplum videre licet, *lib. 3. conſil. Marpurg. conſil. 33.* ubi cum Vaſallus in fundo feudali ædificaſſet, & ædificium ad

uſum rei feudalis deſtinaſſet, puta ut judicia & juriſdictio (vi feudi competens) ibi exercerentur, inde tamen rem feudalem effectam non fuiſſe, neque à deſtinato ad factum ipſum inferri poſſe, rectè concluſerunt Marpurg. *dict. conſ. 33. num. 272.* eodem argumentandi genere concludemus & nos, nec noſtro caſu deſtinationem pro actu perfecto, & deſtinatum pro re ipſa haberi, cum deſit requiſitum eam ad rem neceſſariam, nec adſit defuncti declaratio, ut pecunia, qua de agitur, pro re immobili haberetur, & immobilium jure cenſeretur.

Et hæc de primo, quo bonorum immobilium hæredes palmam obtinere conabantur argumento.

Non majoris eſt importantiæ *ſecundum* contra viduam allatum dubium. Ut n. factum, & faciendum per paria cenſeantur, neceſſe eſt, ut res jam dum ſit in fieri & deventum ſit actum perfectioni proximum, cujus exemplum extat *in l. 19. §. 11. de aur. & arg. legat.* ubi argentum, quod cœptum fuit fabricari, pro perfecto habetur, nec argenti infecti, ſed facti, appellatione venit. Eandem rationem habet exemplum *ex l. pen. de milit. teſtam.* allatum, cum ibi filiusfam. in numerum militum jamdum fuerit receptus, & ex illis, quæ in milite deſiderantur, & prædere oportet, ſolennibus, ſolus cingendi actus defuerit, ex incidentibus cauſis dilatus, & ſuſpenſus. In reliquis, ubi talis reſpectus & affinitas Facti Faciendique non adeſt, per diſparia cenſebuntur, nec Faciendũ pro facto habebitur, cujus rei evidẽs extat exemplum *in l. lignis 55. §. 7. de leg. 3.* ubi carbonibus legatis, lignũ ad carbones faciendos deputatum, legato non continetur, nec legatario cedit. Eadem ratione libris legatis, nõdum perſcriptos, non contineri, neque chartis papyrum ad chartas paratum venire, reſpondit Ulp. *in l librorum 52. §. 5. cum ſeq. eod.*

Non diſſimilis eſt ratio, caſus propoſiti, ſiquidem allegata ſollicitatio de prædio vendendo, actus eſt a bipſo contractu planè remotus, nec contractum afficit, ut ita meritò per diſparia cẽſeantur, emptum & emendum. Adhæc, ut intentio agentis actum perficiat, & quod eſt in intentione pro facto & perfecto habeatur, rem, de qua agitur,

Digitized by Google

agitur, ita comparatam eſſe oportet, ut à ſola agentis intentione, & voluntate dependeat, ut contingit in caſu *l. locus 60. de verb. ſign. & l. urbana, eod.* At noſtro caſu, ut res cenſeatur empta, ipſius etiam Domini, cujus res eſt conſenſus adſit neceſſe eſt, quod deficiente (prout defecit) nihil operabitur intentio, & ſollicitatio, alterutrius partis.

Tertium viduæ oppoſitum argumentum quod attinet non negamus patremfam. teſtamento, vel qua alia ultima utilitate, diſponere poſſe, ut pecunia, quam ſecum habet, vel in uſuras elocavit, pro re immobili habeatur, prout à prudenti quodam patrefamil. ne ad ad liberorum uxores, maritoſve, & conſequenter ad extraneos pecunia quam reliquit, ſucceſſione ſtatuto variat. deveniat; ſed apud deſcendentes permaneat, diſpoſitum fuiſſe memini; At talis diſpoſitio, noſtro caſu non extat; imò, fortè nec fieri potuiſſet, cum in fraudem, & præjudicium viduæ maritus diſponere, & jus ipſi ex ſtatuto, vel conſuetudine debiti auferre nequeat, per ea quæ diximus ſuprà, argumento ſeptimo pro vidua addncto.

Circa *quartum* contrariæ ſententiæ argumentum, committitur Elenchus non ſimilium ut ſimilium; quod enim pro neceſſitate caſtri vel fortalitii repoſita ſunt, pro immobilibus habentur, nec bonorum mobilium hæredi cedunt, ideo fit, quia munitiones caſtrorum, puta bombarda, pulvis tormentarius, & alia in neceſſariū hujus rei uſum comparata, ipſi caſtro adhęrent, ceu acceſſorium ſuo principali, & quaſi pars caſtrorum habentur, quippe cum ſine illis caſtra & fortalitia eſſe nequeant, non magis quam corpus ſine anima, ut ita quod juris eſt circa totum & rem principalem, idem quoque de acceſſoriis & partibus merito judicari debeat, *arg. l. quæ de tota 76. de rer. verb l. 3. pro derelict.*

De pecunia in uſum cambii collata, & menſis argentariorum deputata, quod afferebatur, non caret dubitatione, ut ita dubium per æquè dubium probari nequeat. Etſi enim non deſint qui pecuniam hujuſmodi, pro immobili habeāt, & inter immobilia computandam ſcribunt, eò quod pecunia illa in uſum rei perpetuò duraturæ deſtinata ſit, ſi tamen penitius introſpiciatur, & ad juris noſtri

ſcripti trutinam, ponderatio fiat, fundamento juris aſſertionem hujuſmodi deſtitui deprehēdemus; Cum enim pecunia ad res mobiles, ceu ſpecies & exemplum pertineat per text. *in Nov. 22. cap. 45. verſ. ſi verò univerſa*, nec pecunia in uſum Cambii collata, ullibi excepta legatur, utique allegata exceptio, ceu non probata, attendi non debebit.

Eadem eſt ratio argumenti *ſexti*; Etſi enim non deſint, qui pecuniam, quæ pro conſervatione patrimonii repoſita eſt, & inſtar theſauri à patrefam. aſſervatur, nec in uſus quotidianos erogatur, inter immobilia referant, & jure immobilium cenſeri autument; nulla tamen, quâ id probent, juris conſtitutionem allegare poterunt, prout ipſis incumbit, ex præſcripto Pauli, quòd eſt *in leg. 5. de probat.*

Non majoris eſt importantiæ illatio argumenti *ſeptimi*: Etſi enim detur & concedatur, quod quæ ex re aliqua conficitur pecunia, naturam & qualitatem rei unde venit retineat, illi tamen conſequens non erit, quod & quæ ad rem aliquam conficiendam, deſtinata fuit pecunia, naturam & qualitatem rei ad quam deſtinata eſt recipiat, cum tanta non ſit affinitas, & proportio, inter pecuniam & rem emendam, quanta exiſtit inter rem & pecuniam inde confectam. At nec verum eſſe præſuppoſitum illud, quod ex re quapiam factum, naturam & qualitatem rei unde venit & factum fuit, retineat, inductione plurium exemplorum demonſtrari poteſt: Exemplum evidens occurrit *in l. qui vas 48. §. fin. de furt.* ubi nummus ex re furtiva redactus, furtivus eſſe negatur, nec dominus rei nummos illos tanquam ſuos petere poteſt & ſi per vim extorqueat vi bonorū rapt. tenetur, ſimiliter rem emptam ex pecunia mea, non eſſe meam, reſcripſit Imper Gordianus *in l. ſi ex ea, 6. C. de rer. verb.*

Sic ſi pecunia pignori obligata, in emptionem rei convertatur, res ex nummis pignoratis empta, non erit pignorata, monente Ulpiano *in l. 7. §. fin qui pot. in pign. hab.* Neq; ex pecunia dotali, res comparata dotalis exiſtit, *l. ex pecunia 12. C. de jur. dot.* ubi Diocler. & Maxim. ex pecunia dotali res comparata non erit uxoris.

Nec

Digitized by Google

Nec diverſum arguunt, quæ circa *octavam & novam* dubitandi rationem, allata fuerunt exem. Quod enim primo attinet exemplum pecuniæ, ex venditione rerum immobilium cōfectæ; etſi ſint ex interpretibus, quibus pecunia illa immobilis videatur, non tamen habent, in quo fundamentum hujus ſuæ aſſertionis ponant, ſiquidem pecuniam ad res mobiles pertinere, præter ſenſum communem, & notitiam cuique patentem, conſtat ex Nov. 22. c. 45. ver[illegible] univerſa. nec ullibi excepta invenitur pecunia ex venditione [illegible] immobilium confecta; habebitur ergo & illa pro re mobili, [illegible] extra leges non liceat caſum excipere, & reſtringere legem indefinitè loquentem, Vulg *l. de precio, de publ. in rem act.*

Adde quod aliud ſit precium, aliud res ipſa *l. 42. § 1. de uſufr. l. nemo 82. in princ. de verb. oblig. l. fundum 28. de Novat.* unde & qui ex uno teſtamento æſtimationem habet, ex altero rem petere non prohibe[illegible] *§ [illegible]es, Inſtit. de legat. l. 34. § 1. de legat 1. l. 66. § 1. de leg. 2.* eadem e[illegible] exempli poſterioris; Licet enim ſint qui pecuniā ex vendi[illegible] prædii feudalis redactam, pro feudali, adeoque re immobili, hab[illegible]nt, nihil tamen, unde id probent, allegare poterunt; imo a[illegible] refutantur, per text. *2. feud. 26. § ſi vaſallus, in fin.* prout text. il[illegible] inducunt, & diſſentientes, inde oppugnant And. de Iſern. Præpoſ. Matth. de Affl &c. & alii *in notis ad dictum § ſi vaſallus*, Schurff. *1. conſ. 11.* Weſenbec. *de feud. c. 7. nu. 9.* Roſenth. *de feud. c. 4. concl. 11.* Obrecht. *diſp. feudal. 5. theſ. 216. cum ſeq.* Vult. *de feud lib. 1. c. 5. n. 10.* Borch: *de feud. c. 6. n. 14.*

De annuis reditibus quod *decimò* adducebatur, nihil cum quæſtione præſenti commune habet, nec dari poteſt argumentū in quo cōparentur; deinde quod annui reditus rebus immobilibus annumerantur, & immobilium bonorum hæredi cedunt, κατά [illegible] & limitate intelligi debet, videlicet & de reditibus nondum ceſſis, & jure percipiendi annuos iſtos reditus; quantum enim attinet reditus, quorum dies ceſſit, adeoq; ipſa corpora & ſpecies annuorum redituum, pro mobilibus habentur, hærediq; bonorum mobilium ce-

Digitized by Google

Quod omne cum ex deſtinatione patrisfam. fiat, eaque faciat, ut ad uſum rerum immobilium deſtinata naturam exuant, & pro immobilibus habeantur, idem quoque ex identitate rationis de caſu præſenti dicendum videtur.

Facit *quintò* exemplum pecuniæ in uſum cambii collatæ & menſis argentariorum deputatæ; hanc enim inter immobilia computandam ſcribit Bald *in c. cauſa, num. 4. extr. de re judic.* quem ſequitur Rom *ſign. 104. Geil. dict. obſerv. 11 n. 7.* ratio eſt, quia pecunia illa in uſum rei perpetuo duraturæ deſtinata eſt, quem in finem, cum & illa qua de agitur deſtinata ſit, eandem etiam illius qualitatem eſſe conſequens videtur.

Confert *ſextò* quod pecunia, quæ pro conſervatione patrimonii repoſita eſt, & inſtar theſauri à patreſam. aſſervatur, nec in uſus quotidianos erogatur, immobilibus annumeretur, per ea quæ tradit Jaſ. *in l. 1. § fuit quæſitum, num. 38. ad SC. Trebellian. relatus à Geil. d. obſerv. 11. num. 8;*

Septimò idem exinde evinci volunt, quod quę ex re aliqua conficitur pecunia, naturam & qualitatem rei unde venit retineat; Cui conſequens videtur, quod quæ ad rem aliquam conficiendam deſtinata fuit pecunia, naturam & qualitatem rei, ad quam deſtinata eſt, recipiat.

Cujus *octavò* exemplum ponunt in pecunia ex venditione rerum immobilium confecta; hanc enim pro immobili habendam plerique putant, cum ſurrogatum ſapiat naturam ejus, in cujus locum ſurrogatum eſt, eodemq; jure cum illo cenſeatur per vulgata & allegata à Gœddeo *lib. 3 conſ Marpurg. conſ. 33. n. 118.*

Aliud *nono* exemplum ponitur, in pecunia ex venditione feudi redacta, hanc enim pro feudali; adeoq; re immobili haberi tenet Henning. Gœdd. *conſ. 18. n. 3.* atque ita etiam in curiis Saxonicis judicatum fuiſſe, refert Weſenb. *de feud. c. 7 n. 9.*

Decimò facere videtur, quod pecunia in emptionem annuorum redituum collata rebus immobilibus annumeretur, æque ac ipſi editus empti pro immobilibus computantur per textum *in clementin.*

Digitized by Google

mentin.ex vi. §.cumq; annui reditus de verb.ſignif.& allegata à Geil.2. obſ. 10.Mynſing.1.obſ.69.

Vndecimo textus ad hanc rem ſingularis eſſe putatur *in l.3 §.de contrar.& util.tut.act.* ubi cum pecunia pupilli, ad emptionem prædiorum depoſita,ſine decreto magiſtratus creditori in ſolutum dari, adeoque alienari nequeat, pro immobili illam haberi inferunt, cum in rebus immobilibus hoc juris ſit, ut ſine decreto, & autoritate magiſtratus alienari nequeant,mobilia verò licitè poſſint,*leg.1.de rebus eorum qui ſub tut.vel curat.ſunt ſin.decret.*

Idem *duodecimo* probari putant per text. *in l.15. §.fin.de re judic.* ubi dum quæritur, An pecunia pupillaris, ad prædiorum comparationem repoſita,citra permiſſum prætoris, ab eo qui judicatum exequitur, pignoris jure capi,& in cauſam judicati converti poſſit,immobilem illam eſſe præſupponitur; cum de mobilibus, quin ſine decreto alienari adeoque pignori capi poſſint,nulla ſit dubitatio *d. l.1.de rebus eorum qui.*

Deniq; plerorumque JCtorum & interpretum autoritatibus intentio hæredum, pecuniam ad emptionem rei immobilis deſtinatam, pro immobili habentium nititur;ut videre eſt apud Zaſ.*in l. ſi certos, numer.10.de verbor.obligat.* Fulgoſ *in leg.15 §.fin.de re judic.* Roman. *ſingul.104.* Tiraquell. *de retract.§.1.gloſſ.7.ubi plures hanc ad rem citat.*

At his non attentis pecuniam in emptionem prediorum à defuncto deſtinatam rebus mobilibus annumeratam,viduæque adjucatam memini. Cum enim *primò* ex conſuetudine & ſtatuto loci ad cognatos immobilia pertineant eaque ſola, utique pecuniam utcunq; in emptionem rerum immobilium deſtinata fuiſſet,ad illos minime pertinere conſequens eſt, quippe cum immobilium verbo veniant res uſu non conſumptibiles; Atqui conſtat pecuniæ uſum eſſe fragilem, & ex communi Dd. opinione iis rebus annumerari quæ ſervando ſervari nequeunt, *per text.in §.conſtituitur,Inſtitut.de uſufr.& allegata à Geilio d.obſ.11.n 3.* nec qualitas illa pecuniæ propria, eique ingenita, per deſtinationem in emptionem rei immobilis

factam immutatur; noſtra quippe deſtinatio naturam rei non mutat per trad. à Boer. deciſ. 209. Jaſ. in l.catera 41. §.ſed ſi paraverit. n.1. 18. 19. de leg.1. Moller.3.ſem.24.n.3.

Porrò in ſtatutis verba propriè accipi debere vulgata eſt practicorum Theorica: quare, dato, pecuniam in emptionem rei immobilis deſtinatam pro immobili haberi, non tamen rerum immboilium hæredibus cederet, quia aliud eſt eſſe tale, & aliud, haberi pro tali *l.mercis 207. de verb.ſign.*

Tertiò uxori ſuperſtiti debentur mobilia, hoc eſt, quæ de loco in locum moveri & tranſportari poſſunt; atqui eandem eſſe pecuniæ naturam & qualitatem conſtat, nec conditionem illam deſtinatio, qua de agimus, mutavit, per ſuperius dicta.

Quartò inter alia mobilia pecuniam quoque ex ſtatuto viduæ deberi, conſtabat utrinque, quare debebitur & illa quæ in emptionem rei immobilis deſtinata fuit, cum aliud de illa, alio ſtatuti capite, cautum non inveniatur.

Quintò ſtatuentes juri civili ſe conformaſſe cenſentur; atqui jure communi pecuniam inter mobilia pertinere, text. eſt apertus in *Nov.22.c.& quia parum 45. verſ. ſi verò univerſa*; nec ullibi pecunia in emptionem rei immobilis deſtinata excepta legitur.

Facit *ſextò* dictum Baldi communiter à noſtris approbatur determinationem non ſumi ab eo quod erit, ſed ab eo quid eſt; cujus exemplum habemus *in l.ſi fundi 17. §.ea qua, de actionib.empt.* ubi quæ parata ſunt, ut ædificio imponantur, ædificii eſſe negantur, quod utique dicendum, ſi deſtinatio attendi deberet.

Sic tegulæ, quæ nondum ædificiis impoſitæ ſunt, quamvis tegendi gratia allata ſint, ædificii non ſunt, ſed in rutis & cæſis habentur *l.granaria 18. §.1. eod. l.in rutis 241. d.verb ſign.*

Similiter ſi ad ædificium deſtinata legentur, non inutile legatum erit *l.catera 41. §. ſed ſi 14. de leg.1.* prout inutile & invalidum exiſtit, ſi quæ ædibus juncta ſunt legentur, *d.l.41. §.1.* Et ſi, quæ legata ſunt, poſtea à teſtatore ædibus deſtinentur, legatum non extinguitur,

Google

tur, *d. §. ſed ſi,* quemadmodum extinguitur, ſi quæ legavit teſtator ædibus junxit *d. l. 41. §. ſed ſi ea.*

Sic carbonibus legatis, lignum ad carbones faciendos deſtinatum, legato non continetur, nec legatario cedit *l. 55. §. ſi lignũ, de leg. 3*

Eadem ratione, libris legatis, nondum perſcriptos non contineri, neq; chartis legatis papyrum ad chartas paratam venire, monet Ulp. *in l. librorum, §. 5. cum ſeq de leg. 3.*

Aliud ejuſdem rei exemplum occurrit *in l. ſi id 58. §. 2. Pro ſocio,* ubi ſi pecunia ad mercem emendam à ſocio deſtinata pereat, nihil eo nomine, actione pro ſocio is cujus pecunia fuit à ſocio conſequetur, quia per ſolam deſtinationem pecunia ſocialis non fit, ſed actualis collatio deſideratur. Sic ſola dedicationis deſtinatione non tranſit res privata in ſacram, nec inde ſacra fit. Unde ſi rem templo deſtinatam, at nondum dedicatam, quis furto auferat, templo non quæritur furti actio, ſed competit ei, qui in uſum templi rem illam deſtinarat, *leg. ſi nondum 3. Cod. de furt.* Siquidem votum & deſtinatio perſonam voventis, non rem quæ vovetur, obligat, nec ex profana ſacram facit ut ait Ulpian. *leg. 2. in princ. de pollicitat.*

Unde & *in leg. 35. de lib. cauſa* Papinianus ſervos ad templi cuſtodiam, quod ædificari Titia voluit, deſtinatos, neque manumiſſos hæredis manſiſſe, neque templo deſtinatione illa quæſitos eſſe, reſpondit.

Septimò viduę intentio ſummâ æquitatis ratione nititur; quod ſi enim mariti deſtinatio attendenda foret, apertè in fraudem viduarum id ſtatueretur, quæ hujuſmodi facto, jure ſuo facile privari poſſent, quod non eſt ferendum.

Octavò facit deciſio Lipſenſium de caſu haud abſimili relato apud Moller. *3. ſem. 24.* ubi cùm ex ſtatuto loci viduis dimidia pars comeſtibilium, & eorum quæ ad potum parata ſunt, deberetur, illius etiam frumenti dimidium viduæ adjudicatum fuiſſe refert, quod repoſitum habuit maritus, ut venderet, venditum autem ab ipſo vivo non fuit.

Deniq;

Digitized by Google

Deniq; interpretum autoritate ſi pugnandum foret, plures numero afferre liceret, qui negant, pecuniam ad emptionem rei immobilis deſtinatam, pro immobili habendam, prout illam cõmunem dicit & interpretum autoritate confirmat Gel. 2. *obſer. 11. nu. 3.* quam meritò ſequimur, non quia communis eſt, ſed quia firmiſſimo nititur fundamento; Cum enim certa ſit juris regula, pecuniam ad res mobiles pertinere, & vero exceptio, Niſi in emptionem rei immobilis ſit deſtinata, nulla ſpeciali lege introducta inveniatur, prout omnem exceptionem ſpeciali lege probari oportet *l 5. de probat.* utique ſtandum erit regulæ, nec dubia adverſus illam admittenda exceptio.

Quo fundamento vel ſolo, utcunque aliis ſupra relatis argumentis deſtitueremur, poſterior hæc noſtra opinio confirmari, omniaque in contrarium adducta ſubverti poſſent; Quod ſi enim, quæ pro ſtabilienda alterâ opinione adducebantur, ad Lydium lapidem juris noſtri examinemus, communes juris aphoriſmos, ſententias generales & argumenta topica conſpiciemus; atqui talia ad juris conſtitutionem nihil facere, nec ex illis jus juriſve conſtituti exceptionem deſumi poſſe, evidẽtibus argumentis ſupra evicimus & comprobavimus, maximè verò Reſponſo Pauli, quod de autoritate regularum & ſententiarum hujuſmodi à compilatoribus juris in principio tit. ultimi Digeſtorum refertur, ubi apertis verbis ex regulis quales continentur *d. tit. ultim.* & aliàs ex legibus collectæ circumferuntur, jus ſumi negatur. Quare, cum, ut paulo ante diximus, certi ſit juris pecuniam ad res mobiles, ceu exemplum & ſpeciem pertinere *per text. in Nov. 22. c. & quia,* nec ullibi pecunia, à patrefamil. in emptionem rei immobilis deputata, excepta legatur utique ſtandum erit regulæ, nec ex aphoriſmis juris, & argumentis topicis exceptionem confringere licebit, quippe cum omnem exceptionem ſpeciali lege probari oporteat, monente inter alios eodem Paulo *in l. 5. de probat. & præſumpt.*

Quibus ita præmiſſis, videamus, quid ad ſingula, quibus bonorum immobilium hæredes intentionem ſuam ſtabilire, & pecuniam

Digitized by Google

cuniam, quâ defunctus paterfam. prædium emere conſtituerat, ſibi vindicare intendebat, reſpondendum ſit. Urgebant *primò* fratris defuncti, de cujus ſucceſſione quæritur, propoſitum & deſtinationē. Cum enim pecuniam, quâ de agitur, ab aliis quam in uſus quotidianos, & rei familiaris neceſſitatem exponere ſolebat, ſepararit, & in emptionem prædii indubitanter deſtinarit, hac ejus deſtinatione fieri concludebat, ut res emenda pro empta habeatur, & perinde cenſeatur ac ſi re ipſa prædium emptum fuiſſet, quo caſu ſine dubio ad ipſos res empta pertinuiſſet. At ſciendum primo axioma adductum Brocardicon eſſe, promiſcuè & indifferenter ſe habere ideoq; cum in utramque partem leges & exempla extent, nihil inde certi concludi & inferri poſſe, ſed oportere eum, qui intentionem ſuam in eo fundat, in terminis & in ſpecie fundamentum intentionis ſuæ probare, prout rectè animadvertit Dominus Vigelius *ſ. deciſ. 67. Deinde* ſola ac nuda deſtinatione patrisfamilias rei naturam non mutari rectè monuerunt Jaſ. *ad l. cætera 41. §. ſed ſi paraverit, de legat. 1.* Boer. *deciſ. 209.* Moller. *3. ſemeſtr. 24. n. 3.* cujus evidentia exempla extant *in l. 3 C. de furt. l. 2. de pollicitat. l. 35. de liber. cauſ. l. fundi 17. §. pen & ultim. de act. empt. l. granaria 18. §. 1. eod. l. ſi id 58. §. 2. pro ſoc. l. 55. §. ſi lignum, de leg. 3.* Præterea, ut deſtinatum pro re perfecta habeatur, forma & finis in ipſa deſtinatione adſit neceſſe eſt, alioquin pro actu perfecto non habebitur *d. leg. 17. §. item quod inſulæ, ſ. de action. empt. l. urbana 166. leg. Carbonem 167. de verb. ſign.* Jaſ. *ad d. l. cætera, §. ſed ſi paraverit, n. 18. cum ſeq. & ad l. 7. §. interdum, ſolut. matrim. Felin. c. cum adeo, extr. de reſcript.* cujuſmodi requiſitum Cujac. in caſu præſenti deſit, locum non habebunt ea quæ de natura & jure deſtinatorum à noſtris paſſim traduntur, nec pecunia ad emptionem rei deſtinata, pro re empta habebitur. Adhæc ut deſtinatum ad rem habeatur pro re ipſa, & induat naturam ejus in cujus locum deſtinatum dicitur, non ſufficit deſtinationem obiter factam fuiſſe, ſed neceſſe eſt apertè & expreſſa deſtinantis declaratione illam fieri monente Cravetta *conſ. 898. nu. 21.* Cujus illuſtre exemplum videre licet, *lib. 3. conſil. Marpurg. conſil. 33.* ubi cum Vaſallus in fundo feudali ædificaſſet, & ædificium ad

uſum rei feudalis deſtinaſſet, puta ut judicia & jurisdictio (vi feudi competens) ibi exercerentur, inde tamen rem feudalem effectam non fuiſſe, neque à deſtinato ad factum ipſum inferri poſſe, recte concluſerunt Marpurg. *dict. conſ. 33. num. 272.* eodem argumentandi genere concludemus & nos, nec noſtro caſu deſtinationem pro actu perfecto, & deſtinatum pro re ipſa haberi, cum deſit requiſitum eam ad rem neceſſariam, nec adſit defuncti declaratio, ut pecunia, qua de agitur, pro re immobili haberetur, & immobilium jure cenſeretur.

Et hæc de primo, quo bonorum immobilium hæredes palmam obtinere conabantur argumento.

Non majoris eſt importantiæ *ſecundum* contra viduam allatum dubium. Ut n. factum, & faciendum per paria cenſeantur, neceſſe eſt, ut res jam dum ſit in fieri & deventum ſit actum perfectioni proximum, cujus exemplum extat *in l. 19. §. 11. de aur. & arg. legat.* ubi argentum, quod cæptum fuit fabricari, pro perfecto habetur, nec argenti infecti, ſed facti, appellatione venit. Eandem rationem habet exemplum *ex l. pen. de milit. teſtam.* allatum, cum ibi filiusfam. in numerum militum jamdum fuerit receptus, & ex illis, quæ in milite deſiderantur, & prædere oportet, ſolennibus, ſolus cingendi actus defuerit, ex incidentibus cauſis dilatus, & ſuſpenſus. In reliquis, ubi talis reſpectus & affinitas Facti Faciendique non adeſt, per diſparia cenſebuntur, nec Faciendũ pro facto habebitur, cujus rei evidẽs extat exemplum *in l. ligni 55. §. 7. de leg. 3.* ubi carbonibus legatis, lignũ ad carbones faciendos deputatum, legato non continetur, nec legatario cedit, Eadem ratione libris legatis, nõdum perſcriptos, non contineri, neque chartis papyrum ad chartas paratum venire, reſpondit Ulp. *in l librorum 52. §. 5. cum ſeq. eod.*

Non diſſimilis eſt ratio, caſus propoſiti, ſiquidem allegata ſollicitatio de prædio vendendo, actus eſt a b ipſo contractu planè remotus, nec contractum afficit, ut ita meritò per diſparia cẽſeantur, emptum & emendum. Adhæc, ut intentio agentis actum perficiat, & quod eſt in intentione pro facto & perfecto habeatur, rem, de qua agitur,

agitur, ita comparatam eſſe oportet, ut à ſola agentis intentione, & voluntate dependeat, ut contingit in caſu *l. locus 60. de verb. ſign. & l. urbana, eod.* At noſtro caſu, ut res cenſeatur empta, ipſius etiam Domini, cujus res eſt conſenſus adſit neceſſe eſt, quod deficiente (prout defecit) nihil operabitur intentio, & ſollicitatio, alterutrius partis.

Tertium viduæ oppoſitum argumentum quod attinet non negamus patremfam. teſtamento, vel qua alia ultima utilitate, diſponere poſſe, ut pecunia, quam ſecum habet, vel in uſuras elocavit, pro re immobili habeatur, prout à prudenti quodam patrefamil. ne ad ad liberorum uxores, maritoſve, & conſequenter ad extraneos pecunia quam reliquit, ſucceſſione ſtatuto variat. deveniat; ſed apud deſcendentes permaneat, diſpoſitum fuiſſe memini; At talis diſpoſitio, noſtro caſu non extat; imò, fortè nec fieri potuiſſet, cùm in fraudem, & præjudicium viduæ maritus diſponere, & jus ipſi ex ſtatuto, vel conſuetudine debiti auferre nequeat, per ea quæ diximus ſuprà, argumento ſeptimo pro vidua adducto.

Circa *quartum* contrariæ ſententiæ argumentum, committitur Elenchus non ſimilium ut ſimilium; quod enim pro neceſſitate caſtri vel fortalitii repoſita ſunt, pro immobilibus habentur, nec bonorum mobilium hæredi cedunt, ideo fit, quia munitiones caſtrorum, puta bombarda, pulvis tormentarius, & alia in neceſſariũ hujus rei uſum comparata, ipſi caſtro adhęrent, ceu acceſſorium ſuo principali, & quaſi pars caſtrorum habentur, quippe cum ſine illis caſtra & fortalitia eſſe nequeant, non magis quam corpus ſine anima, ut ita quod juris eſt circa totum & rem principalem, idem quoque de acceſſoriis & partibus merito judicari debeat, *arg. l. quæ de tota 76. de rer. verb l. 3. pro derelict.*

De pecunia in uſum cambii collata, & menſis argentariorum deputata, quod afferebatur, non caret dubitatione, ut ita dubium peræquè dubium probari nequeat. Etſi enim non deſint qui pecuniam hujuſmodi, pro immobili habeãt, & inter immobilia computandam ſcribunt, eò quod pecunia illa in uſum rei perpetuò duraturæ deſtinata ſit, ſi tamen penitius introſpiciatur, & ad juris noſtri

Digitized by Google

ſcripti trutinam, ponderatio fiat, fundamento juris aſſertionem hujuſmodi deſtitui deprehẽdemus; Cum enim pecunia ad res mobiles, ceu ſpecies & exemplum pertineat per text. *in Nov. 22. cap. 45. verſ. ſi verò univerſa*, nec pecunia in uſum Cambii collata, ullibi excepta legatur, utique allegata exceptio, ceu non probata, attendi non debebit.

Eadem eſt ratio argumenti *ſexti*; Etſi enim non deſint, qui pecuniam, quæ pro conſervatione patrimonii repoſita eſt, & inſtar theſauri à patrefam. aſſervatur, nec in uſus quotidianos erogatur, inter immobilia referant, & jure immobilium cenſeri autument; nulla tamen, quâ id probent, juris conſtitutionem allegare poterunt, prout ipſis incumbit, ex præſcripto Pauli, quod eſt *in leg. 5. de probat.*

Non majoris eſt importantiæ illatio argumenti *ſeptimi*: Etſi enim detur & concedatur, quod quæ ex re aliqua conficitur pecunia, naturam & qualitatem rei unde venit retineat, illi tamen conſequens non erit, quod & quæ ad rem aliquam conficiendam, deſtinata fuit pecunia, naturam & qualitatem rei ad quam deſtinata eſt recipiat, cum tanta non ſit affinitas, & proportio, inter pecuniam & rem emendam, quanta exiſtit inter rem & pecuniam inde confectam. At nec verum eſſe præſuppoſitum illud, quod ex re quapiam factum, naturam & qualitatem rei unde venit & factum fuit, retineat, inductione plurium exemplorum demonſtrari poteſt: Exemplum evidens occurrit *in l. qui vas 48. §. fin. de furt.* ubi nummus ex re furtiva redactus, furtivus eſſe negatur, nec dominus rei nummos illos tanquam ſuos petere poteſt & ſi per vim extorqueat vi bonorũ rapt. tenetur, ſimiliter rem emptam ex pecunia mea, non eſſe meam, reſcripſit Imper Gordianus *in l ſi ex ea, 6. C. de rer. verb.*

Sic ſi pecunia pignori obligata, in emptionem rei convertatur, res ex nummis pignoratis empta, non erit pignorata, monente Ulpiano *in l. 7. §. fin qui pot. in pign. hab.* Neq; ex pecunia dotali, res comparata dotalis exiſtit, *l. ex pecunia 12. C. de jur. dot.* ubi Diocler. & Maxim. ex pecunia dotali res comparata non erit uxoris.

Nec

Nec diverſum arguunt, quæ circa *octavam & novam* dubitandi rationem, allata fuerunt exem. Quod enim primo attinet exemplum pecuniæ, ex venditione rerum immobilium cõfectæ, etſi ſint ex interpretibus, quibus pecunia illa immobilis videatur, non tamen habent, in quo fundamentum hujus ſuæ aſſertionis ponant, ſiquidem pecuniam ad res mobiles pertinere. præter ſenſum communem, & notitiam cuique patentem, conſtat ex Nov. 22. c. 45. verſic. ſi verò univerſa. nec ullibi excepta invenitur pecunia ex venditione rerum immobilium confecta; habebitur ergo & illa pro re mobili, cum extra leges non liceat caſum excipere, & reſtringere legem indefinitè loquentem, Vulg *l. de precio, de publ. in rem act.*

Adde quod aliud ſit precium, aliud res ipſa *l. 42. § 1. de uſufr. l. nemo 82. in princ. de verb. oblig. l. fundum 28. de Novat.* unde & qui ex uno teſtamento æſtimationem habet, ex altero rem petere non prohibetur, *§. ſi res, Inſtit. de legat. l. 34. §. 1. de legat 1. l. 66. §. 1. de leg. 2.* eadem eſt ratio exempli poſterioris; Licet enim ſint qui pecuniã ex venditione prædii feudalis redactam, pro feudali, adeoque re immobili; habeant, nihil tamen, unde id probent, allegare poterunt; imo aperte refutantur, per text. *2. feud. 26 §. ſi vaſallus, in fin.* prout text. illum inducunt, & diſſentientes, inde oppugnant And. de Iſern. Præpoſ. Matth. de Affl. & alii *in notis ad dictum § ſi vaſallus*, Schurff. *1. conſ. 11.* Weſenbec. *de feud. c. 7. nu. 9.* Roſenth. *de feud. c. 4. concl. 11.* Obrecht. *diſp. feudal. 5. theſ. 216. cum ſeq.* Vult. *de feud. lib. 1. c. 5. n. 10.* Borch: *de feud. c. 6. n. 14.*

De annuis reditibus quod *decimò* adducebatur, nihil cum quæſtione præſenti commune habet, nec dari poteſt argumentũ in quo cõparentur; deinde quod annui reditus rebus immobilibus annumerantur, & immobilium bonorum hæredi cedunt, κατὰ τὶ & limitate intelligi debet, videlicet & de reditibus nondum ceſſis, & jure percipiendi annuos iſtos reditus; quantum enim attinet reditus, quorum dies ceſſit; adeoq; ipſa corpora & ſpecies annuorum redituum, pro mobilibus habentur, hærediq; bonorum mobilium cedunt;

Digitized by Google

dunt, *l.fructus,de reg.verb.* & tradita à Geil.*2.obſerv.10.num.3.* Mynſin. *1.obſ.69.n.33.*

Undecimum contrariæ ſententiæ fundamentum quod attinet, ſunt qui putant ſpeciale id eſſe in pecunia minorum; ad emptionem prædiorum deputata, alio in aliorum pecuniis obtinente, prout inter alios tenet Barbat.*in c.1.nu.5.tex.de feud.* relatus à Geil.*d.obſ. 11.n.2.in fin.* non placet; dicendum potius omnem indiſtinctè pecuniam ad emptionem prædiorum deſtinatam pro mobili habendam nullâ majorum & minorum diſtinctione attentâ; nec obſtabit oppoſita *l.3.§.6.de contrar. & util.tut.act.* ſi attendamus quæſtionem ibi propoſitam; tractat & quærit Ulpian. An tutor uſuras poſcere poſſit, de pecunia, quam pupillus tutori debuit, ſi adſit pecunia pupillaris, at deſtinata in emptionem prædiorum, ac diſtinguit, utrum tutor prætorem adierit nec ne; ſi adiit, nec obtinere potuit, ut de pecunia illa ſibi ſolvat, uſuras rectè poſtulabit, quod ſi vero prætorem adire intermiſerit, ſibi imputabit nec uſuras petere poterit. Cauſa prætoris adeundi non eſt ea, qua pecunia ad emptorem prædiorum deſtinata, pro re immobili reputaretur, adeoq; ſine decreto magiſtratus alienari nequeat; ſed ut prætor cognoſcat, utrum ſit utilius uſuras admitti & pecunia pupillari prædium emi, an verò ſatius exiſtat, emptionem intermitti, & pecuniam, eam in rem depoſitam, tutori in ſolutum dari, ut ita in objecto argumento *ex d. leg. 3.* deſumpto committatur fallicia ſecundum non cauſam ut cauſam.

Conſimilem elenchum committunt circa argumentum *duodecimum*, petitum *ex l.15.§.fin.de re judic.* quod enim pecunia pupillaris ad prædiorum comparationem repoſita, ab eo qui judicatum exequitur, pignoris jure capi & in cauſam judicati converti poteſt, nec prætoris decretum deſideratur, pro ut in caſu *l.3. de contrar & util.tut.act.* deſiderabatur, cauſa eſt, quod prætoris cognitio ea in re futura ſit ſupervacua, ſecus ac obtinebat in caſu *dict leg.3.* quæ eſt ejuſdem autoris; minimè verò præſupponitur, pecuniam in emptionem prædiorum deſtinatam, immobilium jure cenſeri, coque in-

tuitu

Digitized by Google

tuitu decreti prætorii mentionem factam fuiſſe, prout contrariæ ſententiæ autores autumant.

Vltimum ab autoritate interpretum deſumptum argumentum quod attinet, illi ſatisfactum putamus iis, quæ pro ſtabilienda noſtra opinione, nono & ultimo argumento propoſuimus; Quod ſi enim interpretum autoritate pugnandum eſſet, plures numero adferre liceret, qui negant, pecuniam ad emptionem rei immobilis deſtinatam pro immobili habendam, prout illam communem dicit, & interpretum autoritate confirmat Geil. *2. obſ. 11. n. 3.* At infirmum & debile eſſe argumentum, ab autoritate interpretum & JCtorum noſtri ſeculi, deſumptum, conſtat ex his quæ de communi opinione, ejuſque autoritate ſuprà latè tractavimus, quo nos hac vice remiſſos volumus.

DECISIO DUODECIMA.

Num probatione per teſtes factâ, juramentum adverſæ parti deferri poſſit, caſu ubi nihil omnino probatum fuit, nec proteſtatio de non remittendo ali probationum genere, interpoſita.

ACTOR probationi confiſus teſtes produxit, illoſque examinari fecit, nulla interpoſitâ proteſtatione, nec reſervata ſibi in defectum probationis juramenti delatione. Atqui animadvertens defeciſſe ſe planè in probatione, juramentum Reo convento defert, idque ultimo judicii inſtituti termino, dum in cauſa per receſſum oraliter concludi debuit, & à parte adverſa jam dum concluſum, & ad ſententiam ſubmiſſum fuit. Quæſitum Num probatione per teſtes facta, ad juramenti delationem Actori recurrere licuerit, & Reus conventus, juramentum ſibi delatum aut præſtare, vel deferenti referre teneatur.

Actorem audiri non debere, nec delationem juramenti locū habere

bere dicendum videatur; Siquidem ad juramenti delationem recurrere non licere, quando deferens intentionem ſuam teſtib. probare conatus fuit, plerique interpretum tradunt, ut videre eſt apud Cacheranum, *in deciſionibus pedemontanis deciſ.11. Dec. in cap. 2. extr. de probationib. & alios plures, quos refert Maſcard de probationib lib. 2. concluſ. 959 n. 9 per textum in l. 11. C. de jurejur.* ubi Juſtin abſurdum eſt, inquit, cum quis deſperavit aliam probationem denuò ad jurisjurandi religionem convocare velle, idem probatur vulgata juris regula, Actore non probante Reum eſſe abſolvendum, judici judicaturo præſcripta *in l 4. C. de edend.* ubi Antonin. Actore non probante, qui convenitur, etſi nihil ipſe præſtat, obtinebit; cui conc. *l. 2. C. de probat l. 9. C. de except. l. 9. C. de obl. & act. c. ult. ext. de jurejurand.* Atqui ſi dicamus, delationi juramenti in caſu propoſito deferendum, utique Reus quid, quo abſolvatur præſtare teneretur, contra regulam *d. l. 4. C. de edend.*

Accedit, quod probationes non ſint petendæ de domo Rei *l. 7. Cod. de teſtib.* ubi Impp. Diocler. & Maxim. Nimis grave eſt, inquiunt, quod petitis urgeri partem diverſam, ad exhibitionem eorum, per quos ſibi negotium fiat; unde intelligitis, quod intentionis veſtræ proprias afferre debebis probationes, non adverſus ſe ab adverſariis adduci. Atqui ſi Reus in caſu præſenti, ad voluntatem Actoris, jurare cogeretur, utique Actor non propriis obtineret probationibus, ſed de domo Rei deſumptis adminiculis.

Facit, quod Reus per examen teſtium ſatis ſit vexatus, ſumptuſque fecerit non leves, proindeque iniquum videri poteſt, ulteriori gravamine ipſum gravari. Quare, cum ſemel probandi viam Actor elegerit, inde non videtur poſſe recedi, quam enim quis ſemel elegit viam, illâ ambulare oportet, nec licet poſtea ad aliam tranſire *l. ſi mulier 21. § ult. quod met. cauſ.* cum unius electio, alterius ſit reprobatio *Cravett. conſ. 626. n. 17. & conſ. 678. num. 8. Surd 3. conſ. 428. nu. 8. Burſat. 2. conſil. 298. numer. 13. Idem 4. conſil. 357. numer. 23. & conſil. 428. numer. 14.*

Idque *ſecundò* vel ob id maximè, in caſu præſenti obtinere videtur,

detur, quod ab initio proteſtatus non ſit, de non remittendo alio probationum genere; prout enim proteſtatio proteſtanti jus conſervat, & efficit, ne actus præjudicet; ita à contrario, omiſsâ proteſtatione, præjudicium fit juri aliàs competenti, per trad. à Guid. Pap. *deciſ.172.n.2.* Kirchovio *cent.6.concl.82.* Gomez. *libr. 2. reſolut. cap. 13. numer.12.*

Tertiò Actori, ejuſque petitioni obſtat, quod nimis ſero juramentum detulerit, poſteaquam in cauſa oraliter concludi debuit, & ab adverſa parte jamdum concluſum fuit, ſiquidem poſt concluſionem in cauſa, juramenti delationem à litigatoribus peti non poſſe, docent Bart. Bald & alii communiter *ad l.3. C. de reb. cred.* Ratio, quia poſt concluſionem in cauſa, probationes, (qualis etiam eſt juramenti delatio) non amplius admittuntur per text. *in c. cum dilectus ubi plenè, Felin. de fide inſtrum.* Jaſon. *in l. admonendi, nu.6. dè jurejur.* Hippolyt. *in pract. crim § ſequens, n.14. cum ſeqq.* Geil. *1. obſer.107. nu 4. & 1. obſ.108. num.2.* Mynſ. *1. obſ 68. n. 6.* Immo delationem juramenti ante litis conteſtationem ab Actore faciendam eſſe, poſt alios à ſe allegatos tradit Weſenb. *in paratit. l. de jurejur. n.9.* Coler. *deciſ.122. n.5. & 6.* ubi ait jusjurandum ſtatim, cum ipſa actione deferri debere, ideoq; ſi Actor ſimpliciter libellum proponat, deinde præſtita guaranda, juramentum deferre velit, ipſum non audiri, quia eo ipſo qualitatem libelli mutaret, quod poſt præſtitam guarandam ei facere non eſt integrum.

Ponderandum *quartò*, quod in caſu propoſito, nihil plane ab Actore ſit probatum, & omnes ab ipſo producti teſtes, ſe ignorare articulata reſponderunt, nec etiam aliunde cauſam ſuam veriſimilem fecerit; Atqui delationem juramenti locum non habere, ſi à deferente nihil ſit probatum, in terminis tradit Menoch. *1 quæſt. arbitr. 81. n.1* Boer. *deciſ.243.* Cacheran. *deciſ.97.* Speculator, Socinus, & alii plures, quos refert Maſcard *lib.7 probat. concluſ.957. n.7.*

Pro quorum opinione communiter adduci ſolet, trita illa juris regula, quod Actore non probante Reus ſit abſolvendus, etſi nihil præſtiterit, tradita *in l.4. C. de eden.* tum quod grave & injurioſum

T ſit

Digitized by Google

ſit probationes ab adverſa parte petere *l. 7. C. de teſtib. l. 4. C. de edend.* tum quod Actori, qui plene intentionis ſuæ fundamentum probavit, juramentum à Reo deferri nequeat, *cap. 2. extr. de probationib.* cui conſequens videtur, quod proinde nec Reo juramentum deferri queat, ſi Actor nihil planè probavit; quippe cum, quod juris eſt in uno correlatorum, idem quoque eſſe debeat in altero; tum deniq; quod judex, nec ſuppletorium, nec deciſorium juramentum deferre poſſit, ubi nihil probatum invenitur *per text. in c. fin. ext. de jurejur. & notata à Weſemb. in parat. de jurejur. n. 10.*

Hæc ſunt, quæ contra Actorem ejuſque intentionem militare, & quo minus juramenti delationi deferri debeat, ſuadere videntur argumenta; cum enim intentionem ſuam teſtibus probare cōſtituerit; nec deinde proteſtatus ſit, de non remittendo alio probationum genere; inſuper nimis ſerò juramentum detulerit, poſteaquam in cauſa oraliter concludi debuit, & ab adverſa parte jamdū concluſum fuit, &, denique per teſtes productos nihil planè, quod pro ipſo faciat probatum ſit, omnimodo dicendum videtur, Reum non teneri, juramentum delatum præſtare vel deferenti referre, ſed ab inſtituta actione abſolvendum eſſe.

At his non attentis, delationi juramenti locum eſſe, nec Reum præſtationem illius ſubterfugere poſſe in Facultate reſponſum memini. Permiſſum quippe eſt litigantibus, tam Reis, quā Actoribus, intentionis ſuæ fundamentum conſcientię partis adverſæ committere, eique juramentum deferre; cuique defertur is jurare, vel deferenti id referre tenetur; quod ſi jurare nolit, nec etiam deferenti delatum ſibi juramentum referre, cauſa cadit, inquit textus *in l. 34. §. ait prætor, l. 38. de jurejurand. l. 9. C. eod.* nec diſtinguitur, utrum deferens intentionem ſuam aliquo modo probarit, & Num, qui juramentum defert, conatus ſit intentionem ſuam probare, aut non ſit; unde nec noſtrum erit diſtinguere, aut caſum lege non exceptum excipere, *vulgata l. ſſ precio ff. de public. in rem act. cum ſimil* prout ex refutatione eorum, quæ contra Actorem pro Reo convento adducta fuerunt, plenius conſtabit.

Primam

Primam dubitandi rationem quantum attinet; Etſi non deſint, qui putant, juramento locum non eſſe, nec ad juramenti delationem recurrere licere, quando deferens intentionem ſuam teſtibus probare conatus fuit; verior tamen eſt illorum opinio, qui ſtatuũt, habitis etiam probationibus, juramentum adverſæ parti deferri poſſe, prout ita ſtatuunt Boer. *deciſ. 95. num. 6.* Cagnol. *nu l. 2. Cod. de pact. int. empt. & vendit.* Oſaſc. *deciſ. 97.* & alii plures, quos refert ac ſequitur Theſaur. *deciſ. 93.* Cum enim leges, quibus conſtitutum eſt, ut is, cui juramentum defertur, illud ſubeat, aut referat, generaliter loquantur, nec diſtinguant, utrum is, qui juramentum defert, conatus ſit intentionem ſuam probare, aut non ſit, noſtrum quoque non erit diſtinguere, aut caſum lege non exceptum, excipere, ſed cũ lege generaliter loquente generaliter loqui, maximè cum eum in finem juramenti delatio inventa, & approbata fuerit, ut probationum defectus hoc modo ſuppleatur *c. 2. extr. de probat.* Non obſtat *l. 11. Cod. de jurejur.* quâ, qui in contraria ſunt opinione potiſſimum nituntur; nec enim de caſu, de quo nos agimus, agit ibidem Juſtin. ſed de alia longè ſeparata facti ſpecie, quando ſcilic. jusjurandum antea quoque delatum, & rurſus revocatum fuit, quo caſu non licet ad juramentum ſemel revocatum, recurrere, & denuò deferre; Quapropter, quod attinet verba Imperatoris ſuperius relata, *Abſurdum eſſe, ut qui aliam probationem deſperavit, adjurisjurandi religionem convolare permittatur*, ſciendum circa inductionem illorum, commiſſam fuiſſe diviſionis fallaciam, quippe cum antecedentia cum illis ſint conjungenda, nõ vero, ut factum, divellenda, prout ipſe Imper. illa conjũgit, dum ſatis, inquit, abſurdum eſt redire ad hoc, cui renunciandum putavit, & cum deſperavit aliam probationem, tunc denuo ad religionem convolare.

Non magis pro diſſentientibus facit allegata juris regula: quod Actore non probante Reus ſit abſolvendus; & ſi nihil præſtiterit, *tradita in l. 4. C. de eden.* quomodo n. verba illa, etiamſi nihil præſtiterit ſint accipienda, ex caſu legis facile colligitur, videlicet quod Reus non teneatur Actori edere propria inſtrumenta, aut aliam

probationem ſubire, ſed Actore non probante ab inſtituta actione abſolvi debeat. Æquè nihil obſtat, quod ex *l. 7. C. de teſtib.* afferunt, grave & injurioſum eſſe probationes ab adverſa parte petere, nec enim de injuria conqueri poteſt is, cui juramentum defertur, quippe cum hoc modo in cauſa propria Judex, & teſtis conſtituatur, ut dicitur *in l. fin. C. de fideicom.* quod deferenti potius, quam ei cui defertur, grave & peniciosum exiſtit; nec etiam præcisè is, cui defertur, juramentum delatum præſtare cogitur, ſed poteſt id deferenti referre, *l. 34. in prin. de jurejur.* aut contraria probatione uti, *cap. 2. ext. de probat.*.

Et hæc de prima Actori oppoſita exceptione. Objiciebatur *ſecundo*, quod ab initio proteſtatus non ſit, de non remittendo alio probationum genere, adeoque eligendo probationem teſtium, delationi juramenti præjudicaſſe, eique tacite renunciaſſe videatur. At ſciendum quod quemadmodum proteſtatio, de iis, quæ tacitè inſunt, facta, nihil operatur; *arg. l 3. C. de fidejuſſ. Novell. 99. in prin. verſ. quod ſi & tale aliquid*; ita nec omiſſio proteſtationis præjudicet in iis, quæ ipſo jure competunt: quapropter cum litigantibus ipſo jure permiſſum ſit, intentionis ſuæ fundamentum conſcientiæ partis adverſæ committere, eiq; juramentum deferre *l. 34. §. ait prætor, l. 38. de jurejur. l. 9. Cod. eod.* nec diſtinguatur utrum deferens, intentionem ſuam probare conatus ſit, aut non ſit, utiq; proteſtatione opus non fuit, & facta ſupervacua extitiſſet, in his quæ ipſo jure competunt, nobiſque ſalva ſunt; nec etiam, contra mentem agentium; renunciationes præſumi poterunt, nullis, factæ renunciationis, præſumptionibus extantibus.

Quod *tertiò* Actoris intentio inde elidi voluit, quaſi nimis ſeſerò juramentum detulerit, poſteaquam in cauſa oraliter concludi debuit, & ab adverſa parte jam dum concluſum fuit, quippe quod ſecundum tradita interpretum poſt cõcluſionem in cauſa juramẽti delatio à litigatoribus amplius peti nequeat, parum ſtringit, præterquam enim, quod in caſu præſenti, delati juramenti tempore, ab

Actore

Digitized by Google

Actore nondum fuerit concluſum, animadverti debet allegatum interpp. traditionẽ non eſſe de juramento, quod à parte parti defertur; ſed quod, deficiente probatione, Judex alterutri partium defert, ubi controvertunt interpretes, Num, poſt concluſionem in cauſa, à partibus juramenti delatio peti, & Judex juramentum ſuppletorium, concluſionem demum petitum, deferre poſſit aliis negantibus, aliis contra affirmantibus *per text. in l generaliter, C. de reb. cred.* Ex Weſenbec. & Colero quod afferebatur, ad ſtatutum juris Saxonici pertinet, prout ſe ipſos explicant, & ex allegatis, de jure Saxonico depromptis, patet; De jure communi non deſideratur, ut delatio fiat, ante litis conteſt. nec ullibi prohibetur fieri in termino concludendi, ut ita lege tempus deferendi juramenti non præſcribente, nec noſtrum ſit præſcribere, ſed arbitrio partium id liberum relinquere.

Quartam & ultimam dubitandi rationem quod attinet, ſane non deſunt qui putant, delationem juramenti locum non habere, ſi à deferente nihil planè ſit probatum; verum illis rectè cõtradicitur à Caſtrenſ. *in ſeq 34. § 6. de jurejur.* Jaſ. *in l. 38. eod.* Duar. *de injur. c. 2.* Vigel. *2. decıſ. 25.* Weſenb. *in paratitl. Digeſt. de injur. nu. 9 & 10.* Fachin. *1. contr. 19.* Cum enim certi ſit juris, eum cui defertur juramentum litis deciſorium cauſa cadere, ſi jurare nolit, & verò exceptio ejus, ſi deferens nihil probavit, controverſa exiſtat, nec ulla ſpeciali lege approbata inveniatur, utique admittenda non erit: accedit quod omnes, quibus juramentum adverſæ parti deferre permittitur, textus, generaliter & indiſtinctè loquantur, ut videre eſt, *ex leg. 34. §. ait prætor, l. 38. de jureiur. l. 9. C. eod.* facit *l. 12. C. de jureiur.* ubi dicitur quod etiam in principio cauſæ jusjurandum offerri poſſit, quo ſanè tempore nondum probatum fuit. Idem ex fine & cauſa juris conſtituti patet, eam enim ob cauſam juramenti delatio inventa, & jure comprobata fuit, ut inde probationum defectus ſuppleatur, ut conſtat ex c. ſicut, extr. de probationis, ubi Gregor. Pontifex, tum demum ad juramenti remedium recurrendum eſſe, ait, cum aliæ legitimæ

Digitized by Google

deeſſe noſcuntur; cui concord. *l.fin.C.de fideicom.* ubi ſi fideicommiſſum aliunde probari non poſſit, hæredi juramentum deferri poſſe dicitur. Idem, exemplo comprobatur, *in l.35. de jurejur.* ubi ſi tutor omnibus aliis probationibus deſtituatur, adverſæ parti juramentũ deferre permittitur. Nec firmam concludendi rationem habent, quæ pro contraria opinione adducebantur; prioribus duobus ſatisfactum ſuprà, circa primam dubitandi rationem, quas reſponſiones huc repetitas volumus.

Quod *tertiò* afferebatur *ex c.2.extra.de probationib.* nullius planè eſt importantiæ; quando enim Actor intentionem ſuam legitimè probavit, ſuperflua eſſet juramenti præſtatio, & calumnioſa ejuſdem delatio; ſecus ſi deferens probatione deſtituatur, quippe cũ eum in finem juramenti remedium adinventum ſit, ut probationum defectus ſuppleatur, dicente Gregorio Pontifice *in d.c.2. extr. de probationibus.*

Denique nihil habet, virium, quod Judex nec ſuppletorium, nec deciſorium juramentum deferre poſſit, ubi nihil probatum invenitur: ſiquidem ſuppleri non poteſt probatio, ubi nulla eſt; nec à juramento, quod Judex defert, inferre licet ad juramentum à parte parti delatum, cum hoc tranſactionis vim habeat, eique aſſimiletur *leg.2.de jurejuran.* illud verò non item.

DECISIO DECIMATERTIA.

An quis ducere poſſit, quam, vivente uxore ſua impragnaverat?

JUVENIS annorum novendecim matrimonio ſibi junxerat vetulam, ſeptuagenariam, perſuaſus ab amicis & divitiis illectus. Converſationis anilis tandem pertæſus, junioribus ſe aſſociare cæpit, prout plerunque fieri ſolet, divitiarum cauſa, quando matrimonia fiunt. Inter alias verò, cum quibus conſueverat, civis cujuſdam filiam imprægnavit. Incarcerationem veritus ſolum vertit, imprægnatâ ipſum inſequente: moritur vetula, anno à die nuptiarum vi-
ceſimo

ceſimo ſecundo; Viduus exiſtens ducere conſtituit, quam vivente uxore ſua impraegnaverat, ſecumque per multos annos inſtar concubinæ, in alienâ diœceſi habuerat: Quæſitum, An matrimonium hujuſmodi, ſalva conſcientia, & jure permittente, concedi queat, maximè cum in animo habeant domicilium ponere, in loco delicti perpetrati, quippe quod inde fuerint oriundi, ibique jus civitatis & bona habeant. Matrimonium hujuſmodi minimè ferendum eſſe, ex eo *primum* dicendum & inferendum videtur, quia cum ſcandalo cætus Chriſtiani ac offendiculo civium conjunctum, & exêplo pernicioſum eſt: allicerentur quippe hoc modo & alii uxorum ſuarum pertæſi ad conſimile facinus, nec defuturæ ſunt ipſorũ utilitati quæ pareant, ſpẽ futuri matrimonii habentes: anſa quoque majoris mali præberetur, & uxoricidia promoverentur, quid n. non faciat maritus, & quam furtivo complectitur concubitu meretricula, ſi ſpem habere poſſit, contrahendi quandoque invicem conjugii.

Atqui res mali exempli omnimodo vitari, nec in Reipub. ferri debere, tritũ eſt juris axioma: ad deciſiones caſuum emergentium multoties adhiberi ſolitum, ſic enim *in l. 74. de judic.* prohibitum, ne is Judex detur, quem altera pars nominatim petiit, quia, ut D. Hadrianus reſcripſit, iniqui exempli eſt, referente ibidem JCto Calliſtrato. Cui ſimile eſt, & ex eodem principio petitũ, quod Acta Adſeſſoribus referendi cauſa petentibus per lectores Cameræ cõmunicari prohibeantur, *ut videre eſt in receſſu Imperii de anno 66.* §. Wir ordnen vnd gebieten. Sic exemplo pernicioſum eſt, ut ei ſcripturæ credatur, qua quis ſibi annotatione propria, debitorem conſtituit, prout reſcriptum legimus à Philippo & Galieno Imperatorib. *in leg. 5. l. 6. l. 7. C. de probat.* Eodem ex fundamento annullantur, & pro invalido habentur, quæ quis ſibi ipſe in teſtamento adſcripſit *l. 18. §. 1. de falſ.* Eadem ratione, Ulp. *in l. 25. de procur.* non eſſe ferendum procuratorem reſpondit, qui ſibi ipſi adſerit procurationem, cum qui operas ſuas ultro offert, ſuſpicione non careat.

Eodem etiam reſpexiſſe videntur Canones, dũ ſecundas nuptias improbarunt, illiſq; benedici prohibuerunt, nec Presbytero nuptiis

hujuſ-

Digitized by Google

hujuſmodi intereſſe permiſerunt, prout conſtitutum & relatum legimus *in c.7. circa fin. & c.8. cauſa 31. qu.1.* Eò quod tranſitus ad ſecundas, ultioreſve, nuptias levitatem quandam ſapere videatur, & qui tales inire nituntur, priores, congeſta quaſi terra, obtegere velle videamur, contrà quàm multa brutorum faciant, viduitatem perpetuam colentia, uti argumentatur Leo *in Nov.90.*

Accedit *ſecundo*, quod de admiſſis pœnitentia ſit agenda: at quomodo verè dici poſſunt coram Eccleſia teſtari, ſeriò ſibi diſplicere crimen, conſtante matrimonio, commiſſum, qui rurſum inter ſe (quamvis honeſtum conjugii nomen prætexentes) conjungi poſtulant, inquit Beza *in tractatu de divort. & repudiis p.237.* cum eos potius adulterium commiſſum lugere, omnemque adeo inter ſe copulam horrere oportuerit.

Præterea, non patitur (inquit *Beza d.loc.*) quodammodo ipſa rerum natura, ut ratum ſit conjugium, ab eo ipſo, nempe adulterio, incipiens, quo uno rata alioqui conjugia ſeparantur, Cum una eademque cauſa diverſos & contrarios effectus operari nequeat, nec qua re matrimonium diſſolvitur, eadem conſtitui poſſit.

Quartò matrimonia hujuſmodi ex ſententia Bezæ nihil ſunt aliud quàm adulteria, & adulterii quædam continuatio: uti illa appellat *d.tract.p.236.* atqui adulteria omni jure prohiberi conſtat.

Nec *quintò* matrimonium debet eſſe velamen, & tegumentum, quo tanta ſpurcities tegatur, & vitæ impudicæ pallium quæratur.

Facit *ſextò*, quod inter adulterum & adulteram nuptiæ contrahi nequeant, prohibente ità tum civili, tum Canonico Jure: pro ut de jure Civil. textus eſt *in l. Claudius 13. de his qua ut indign* de jure Canonico *in princ. & c.1. c.3. cauſa 31. quæſt.1. & ſuper hoc, de eo qui dux. in matrim. quam per adult. poll.*

Quibus accedit autoritas Auguſtini nuptias hujuſmodi graviter reprehendentis prout illam *ex libr.1. de nupt. cap.12. citat Beza d. tractat. de divort. & repud. p. 236.* taxans Gratiani oſcitantiam, Auguſtini dictum, ſublata negativa particula, falſo referentis *in c. 2. cauſa 31. quæſt.*

31.quaſt.1. Atqui adulterium ſecundum Theologos,non id tantum eſſe dignoſcitur,quod cum alterius uxore committitur, ſed & quãdo maritus cum ſoluta rem habet,monentibus Weſenb. *in paratit. ad l.Iul. de adulter.num.19.* Mentz *in tractat.de conjugio pag. 235.* quod idem etiam jure Can.obtinere putatur,per text. *in c.4.cauſa 32.quaſt. 4. & cap. 14. cauſa 32.quaſt. 5. & cap. ſignificaſti,ext.de eo qui dux.in matrimon. quam per adulter. poll. Rubro cum nigro collato, indeque argumento ducto.*

Denique in eandem ſententiam pleriq; ex Theologis concedunt, ut inter alios videre apud Theodorum Bezam in tractatu de divortio & repud.*pag.235.cum ſeqq.* quem allegat & ſequitur Mentz *in tractat.de conjugio p.110.*

At his non attentis,nuptias in propoſita facti ſpecie,ſalva conſcientia,ſalvoque jure concedi,inſuper & novis nuptiis cohabitationem in civitate Patria, unde diſceſſerant, licitè permitti poſſe, in Facultate noſtra ad conſultationem magiſtratus ſub cujus juriſdictione caſus contigerat,anno ſuperiori reſponſum memini,per tex. *in c.ſignificaſti,de eo qui dux. ux. quam per adult.poll.* ubi cum civis quidam Spoletanus mulierem , cum qua ſtante matrimonio,conſueverat,poſt mortem uxoris ſuæ ſibi deſponſare conſtituiſſet , id ipſi permitti poſſe à Pontifice reſcriptum legimus modo in mortem uxoris prædefunctæ nihil ſint machinati, nec priori uxore vivente, fidem ſibi dediſſent , de matrimonio poſt mortem uxoris contrahendo.

Significaſti nobis (inquit Innocent.ad Epiſcop. Spoletanum) quod cum civis Spoletanus quandam mulierem duxit legitimè in uxorem,eâ relictâ,cuidam meretrici adhæſit, verùm cum uxor ipſius eſſet viam univerſæ carnis ingreſſa , meretricem , cui adhæſerat deſponſavit,Nos igitur inquiſitioni tuę taliter reſpondemus,quod niſi alter eorum in mortem uxoris defunctæ quicquam fuerit machinatus , vel ea vivente fidem ſibi dederint, de matrimonio contrahendo,legitimum judices matrimonium ſupra dictum.

Eandem deciſionem noſtro quoq; caſui rectè accommodari

V ſpontè

ſpontè patet, cum non tantum illæ, quas in caſu ſupra dicto Pontifex attendit, circumſtantiæ, ſed & majores longeque urgentiores illi ineſſe inveniantur, idem etiam juri divino convenire Melanchthon, & alii nonnulli ex Theologis ſcriptum reliquerunt, adducto eam in rem exemplo Davidis & Bethſabeæ *2. Sam. 11.* Exemplum Davidis, inquit Melanchthon, oſtendit, inter adulterum & adulteram conjugium poſſe concedi, & hac ἐπιεικείᾳ Judex nunc quoq; uti poteſt, præſertim, cum Politici magiſtratus adulterium non puniunt, & Deo valde diſplicent vagabundæ commixtiones. *Ita Melanchthon* ſecundũ quem in præſenti facti ſpecie idem multò magis dicendum, cum illic agatur de adulterio in ſpecie ita dicto, ubi maritus cum alterius uxore conſuevit, & morte expiandum delictum perpetravit, hic verò de caſu longè leviori, ubi juvenis, relictâ vetulâ ſeptuagenariâ, juvenculæ ſeſe aſſociavit, cujus pœna eſt pecuniaria, vel alia arbitraria, mitior morte. At Melanchthoni, & qui poſt ipſum exemplo Davidis moventur, reſpondet Beza, non eſt, ait loco ſuperius allegato, cur nos moveat Davidis exemplum, qui Berſaben duxit, ipſius etiã marito proditoriè occiſo; Quis enim, ſi hoc imitatur, non meritò puniatur, nedum, ut hoc exemplo niti poſſit cujuſquam conſcientia. *Hæc Beza.*

Et ſanè allegatum Davidis exemplum minimè ad imitationẽ trahi poſſe, apertè conſtat ex fine dicti capitis 12. ubi factum illud valdè Deo diſplicuiſſe additur, prout & per Nathanem Prophetam ſummopere ob id incuſatus fuit, morte ipſi indictâ, ut videre eſt *d. cap. 12. verſic. 9. cum ſeq.*

Quare, miſſo Davidis exemplo, ſufficiet nobis ſuperius allata juris Canonici deciſio, quippe cum in decidendis cauſis ſpiritualib. cujuſmodi ſunt etiam cauſæ matrimoniales, ex jure Canonico deciſiones peti debeant, prout cõis eſt omniũ theorica in foro & judiciis obſervari ſolita, ſi jure Canon. deciſa ſacris literis nõ contrarientur, prout in caſu præſenti nihil invenitur, cujus contrariũ jure divino ſit diſpoſitum. Imò, cum Deo valdè diſpliceãt vagabundæ cõmixtiones, omnis honeſta quærenda eſt ratio, quâ inde abeatur, & ad licitum.

Digitized by Google

citũ vitę genus errantes ꝑmoveãtur, id ꝙ fit, ſi quæ turpi libidine prius cognoſcebatur cõjugali poſtea affectu haberi & tractari permittatur, vagabunda illâ cõmixtione in honeſtã vitę ſocietatem cõmutatã. Nec audiemus reclamitantẽ Bezam: cõcedit ſanè honeſtè duci & cõjugialiter porro tractari poſſe, quæ turpi libidine prius cognoſcebat, ſi nimirũ in cõcubinatu antea fuiſſet habita, vel ꝑ ſimplicẽ ſcortationẽ cognita, utraq; perſonâ liberâ exiſtente, nec ulli alii obligata; aliud obtinere, putãs, ſi alterutra illarũ, alii antea vinculo matrimoniali, cõcubitus tẽpore, obligata extitiſſet; Nã q ſcortantur, inqt, quãvis ritè inter ſe non copularentur, tamen quoniã alioq nulli alii ſunt obſtricti, ideo poſſunt poſtea vitiũ, ꝙ in ejuſmodi copula, malo initio fuit, per Dei gratiã corrigere, at in adulterio (ſub quo etiam d. loco cõprehendit, quando maritus cum perſona libera rem habet) non defectus aliquis ineſt, qui poſtea poſſit emendari ſed nihil eſt ꝑter horrendũ crimen, ꝙ meritò coram Eccleſia deteſtandum & abjurandum, non verò continuandum; At licet illud Bezæ objectum aliquam rõem habere videatur, in adulterio in ſpecie ita dicto, & ꝙ lege Julia ita habetur, & vindicatur, nihil tamen ſubeſt, quod in caſu propoſito illam animorum cõmutationem inhibeat, & quo minus à turpi cõjunctione, ad honeſtũ placitũ nuptiarũ tranſitus fieri poſſit impediat; nõ impedit vinculũ, quo mas uxori ſuæ devinctus erat, qppe morte ſolutũ; nec publica honeſtas, ut cũ quæ antea læſa erat hoc modo reſtituatur; nec ſcandalũ cętus Chriſtiani aut offenſa civium, cũ quod antea fuit ſcandalũ modo tollatur, & cives offendi deſinant, vita libidinoſa in honeſtum conjugium commutata.

Præter textum, quo, ut ita reſponderimus, moti fuimus & qui ſolus ad deciſionem ſufficit attendiq; debet, ſubſunt rationes nõ improbabiles, quibus in caſu propoſito nubendi facultas permitti ſuadetur; ſuadet id amor liberorũ ante natorum, quos legitimos fieri unicè ſtuduerũt legiſlatores. ut videre eſt *in cõſti. l. ſ. & t. t. C. de nat. lib.*

Suadet perſonæ violatæ ratio, quo ſeducta in viam reducatur, ne pejus ruat.

Suadet imparitas conjugii prioris inter juvenẽ annorum noven-

Digitized by Google

decim, & vetulã ſeptuagenariam; Etſi enim à jure veteri, quo tales perſonæ conjungi prohibeantur, poſtea ſit receſſum ut videre eſt *apud Vlp. in fragm. tit. 17.* & Juſtin. *in l. 27. C. de nupt.* Cum tamen finis conjugii in hujuſmodi perſonis haberi nequeat, ſocietas hujuſmodi vix conjugii nomen merebitur, ſi ex fine & effectu rem æſtimare velimus.

Suadet denique, quod de qua agimus vetula, prior conjux, ob nimiam ſenectam ad conjugium planè inhabilis fuerit effecta, conjugales complexus moroſè renuens & faſtidiens, ut ita juvenis maritus, quoad conjugales amplexus, uxore deſtitui & quodammodo ſolutus fuiſſe videatur.

Nec, quæ contra permiſſionem hujuſmodi nuptiarum adductæ fuerint dubitandi rationes, tanti nobis momenti eſſe videantur, ut inde Judex in contrarium moveri debeat, pro ut ex ſingulorum objectorum refutatione conſtabit: *Principio* verò illud cum primis attendi volumus, diſſentientes non tam legibus quàm rationibus, argumentis topicis, & ſententiis generaliſſimis pugnare, contrà quàm jura noſtra præcipiunt, & judici faciendum præſcribunt, ab ea parte, inquit Paulus *in l. 5. de probat:* quæ dicit adverſarium ſuum aliquo jure prohibitum eſſe, ſpecialiter, lege vel conſtitutione id probare oportet; ſiquidē ex regulis jus non ſumitur, ut ait idem *Paulus in leg. 1. de regul. iur.* quibus verbis ſignificatum voluit, ex generalibus illis rationibus, ſeu regulis & ſententiis generaliſſimis, quales continentur ſub titul. de regul. juris, non poſſe dari actionem, exceptionem aut aliud jus, niſi ſpeciali aliqua lege adjuvetur; Quod idem conſtat *ex l. 64. §. de viro, ſolut. matrim.* ubi Paulus, in quibus, inquit, caſibus lex deficit, nō erit nec utilis actio danda, qua de re cum pluribus actum fuerit ſupra, circa reſolutionem quæſtionis, An & quatenus vera ſit vulgata practicorum Theorica, quâ intentionem ſuam fundatam habere dicitur, qui regulam pro ſe habet, ibi dicta huc repetita, & illuc nos remiſſos volumus, ne acta agamus.

Deinde ſingulariter & illud attendi debebit, pro deciſione Facultatis

cultatis noſtræ ſuperius relatâ, ſpecialem extare conſtare conſtitutionem, Pontificis Innocentii in c. ſignificaſti, extr. de eo qui duxit in matrimonium, quam per adult. poll. ubi cum civis quidam Spoletanus conſtituiſſet mulierem, cum qua ſtante matrimonio cõſueverat, poſt mortem uxoris ſuæ ſibi deſponſare, id ipſi permitti debere Pontifex reſcripſit, modo in mortem uxoris prædefunctɑ nihil ſint machinati, nec priori uxore vivente, fidem ſibi dediſſent de matrimonio poſt mortẽ uxoris contrahendo, clara & aperta & illa Pontificis conſtitutio, in terminis terminantib. ut noſtri ajunt concepta. Quare miſſis argumẽtis topicis ſecundũ conſtitutiones quas habemus judicare debebimus, nec enim contra leges ratio diſputandi quicquam valet, non lex rationibus, ſed ratio legi cedat neceſſe eſt, ſi modo certum & finitum jus habere velimus, per ea quæ de autoritate regularum & argumentandi rationibus, An & quatenus à Jureconſ. attendi debeant, pluribus ſupra diximus.

Nec impedimento erit, quod Pontifici legum ferendarum poteſtatem denegant, ſiquidem in foro & judiciis receptum, ut in decidendis cauſis ſpiritualibus, cujuſmodi ſunt etiam cauſæ matrimoniales jus Canon. attendatur, indeq; deciſiones petantur ſi jure Canonico deciſa ſacris literis non contrarientur, pro ut in caſu *d.c. ſignificaſti*, nihil deprhenditur, quod juri divino contrarietur, vel aliter eo jure ſit diſpoſitum.

Quibus attentis, non difficile erit ad ſingula objecta reſponſionem date, & ab impugnationibus aliorum factam deciſionem ſalvare.

Quod enim *primò* adferebatur, res mali exempli omnimodo vitari, nec in Republic. ferri debere, generale illud noſtrorum pronunciatum, ad deciſionem caſuum emergentium, non ſufficit, ſpeciali lege vel cõſtitutione opus erit *d.l.5. de prob. & præſump. l.6. de pact.* Atqui talis dari nequit cõſtitutio, quâ viduus ꝓhibeatur ducere mulierem, quã vivente priori conjuge, imprægnavit, liberâ illa exiſtente, nec ulli alii vinculo conjugali obligata; de qua facti ſpecie nobis ſermo eſt, unde manebimus in regula, nuptias hujuſmodi permit-

tentes, exceptione non monſtrata. Exempla pro confirmatione majoris propoſitionis adducta, quantum attinet, autoritate legum & conſtitutionum illa ſubnixa eſſe videmus, alioquin conſtitutionibus deficientibus nobis non licuiſſet, propterea quod res mali exempli eſſe videatur, pro jure illa venditare; ut taceam, nõ eſſe cujuſvis judicare, mali exempli quæ ſint, vel non ſint, ut inde jus conſtituatur, ſed pertinere ad eum ſolum, penes quem eſt legis ferendæ poteſtas. Minorem quod attinet, negamus nuptias hujuſmodi cũ ſcandalo cætus Chriſtiani, ac offendiculo conjunctas eſſe, vel inde honeſtatẽ publicam lædi, quippe cum antea læſa hoc modo reſtituatur, & quod antea fuit ſcandalum tollatur, civeſque offendi deſinant, vita libidinoſa in honeſtum conjugium commutata. Nec dici poteſt exemplo pernicioſum eſſe, hujuſmodi nuptias admitti, cum enim non permittantur, quando in mortem prioris conjugis quid fuit tentatum, vel quando conſtante adhuc matrimonio priore, intervenit aliqua promiſſio de poſteriore ineundo *d. c. ſignificaſti*, utique eo ipſo omne quod alioquin timeri potuiſſet periculum amovetur & præcavetur, ne cogitatione futuri matrimonii, mariti uxorib. vel viciſſim uxores maritis mortẽ machinentur, nec tã facile invenientur, maritis quæ ſe ſubſtituant matrimonii ſpe ſublata, nec admiſſo conjugio, ſi fides, conſtante adhuc matrimonio priore data ſit, cum ſola imprægnatio non faciat, ut imprægnata ducatur, ſed imprægnanti liberum ſit imprægnatam vel ducere vel dotare *cap. 1. cum ſeq. extr. de adult.* & hæc de prima ratione dubitandi.

Secundum quod attinet, non video, quid obſtaculo ſit, quo minus verè dici poſſint coram Eccleſia teſtari, ſeriò ſibi diſplicere crimen conſtante matrimonio commiſſum, qui vita priori deplorata conjugaliter cõjungi poſtulant, quippe cum contritionem nova ſequatur obedientia, delinquentium conſcientia ſanetur Eccleſia placetur, in viam ſeducta reducatur, & liberi illegitimè nati legitimentur.

Nec fidem nobis faciet Beza, Nuptias de quibus agimus, ab adulterio

ulterio ceu cauſa procreante dependere, prout *tertiũ* ex ipſo deſumptum objectum habet. Noverit ille primum, non adulterii, ſed ſtupri ſpeciem eſſe quando maritus cum ſoluta rem habet: deinde ſtuprum pro cauſa nuptiarum inter ſtupratorem & ſtupratam initarũ minimè venditari poſſe: occaſio ſanè nuptiarum ſubſecutarum inde venit, quod ducenda per ſtuprum antea ſit cognita, & impræganata, quo ſeducta hoc modo in viam reducatur ne pejus ruat, & ut liberi nati legitimi efficiantur; at occaſionem inter cauſas referri non poſſe, ex Logicis novimus: unde ſponte corruit argumentum ex loco cauſſarum peritum, quod una eademq; cauſa diverſos & contrarios effectus operari nequeat, quippe negatur adulterium vel ſtuprum pro cauſa nuptiarum ſubſecutarum haberi poſſe.

Multò minus nobis perſuadere patiemur, nuptias caſus propoſiti in adulterium incidere, & eſſe adulterii quandam continuationẽ, prout *quartò* ex eodẽ Beza regerebatur. Nuda eſt aſſertio, omni fundamento deſtituta. Pro adulterio quid haberi poſſit vel debeat, non eſt privati determinare; ex jure omne illud repetendum venit, at nullibi adulterii cauſis, exemplis, & ſpeciebus annumerari legimus, ſi viduus ducat ancillam vel aliam quam mulierem ſolutam, antea per ſtuprum priore uxore vivente cognitam; imò nec id inter adulterii cauſas & ſpecies relatum, quando maritus poſt mortem conjugis, alterius uxorem, quam vivente marito compreſſerat, eo mortuo ducit, ſicque inter adulterum, & adulteram in ſpecie ita dictos, matrimonium fit. Nec vere dici poteſt matrimonium ſubſequens eſſe velamen, & tegumentum, quo ſcortatorum ſpurcities tegatur & vitæ impudicæ pallium quæratur, prout *quintò* objici voluit; contrarium loquitur res ipſa, oſtendunt cauſæ quibus moveтur viduus, ut ſibi jungat quam antea impræganarat, ſeriò rem agi; nec ſolius libidinis continuandæ cauſæ matrimonium quæri, de quibus ſupra diximus.

Quod *ſextò* objiciebatur, inter adulterum & adulteram nuptias contrahi non poſſe, adductis eam in rem, tum ex civili, tum Canonico jure, textibus, non parum primo intuitu obſtare videtur;

At tum

At ruminabimus & repetemus primo ex ſupra dictis, utroque jure, tum civili, tum Canonico, accuratè inter ſtuprum & adulterium diſtingui, ita ut adulterium non ſit, niſi quando alieni thori violatio ſubeſt; de Jure civil. textus ſunt *in leg. 6 §. lex ſtuprum, ad leg. Iul. de adult. l. ſtuprum 34. § fin. eod. leg. inter ſtuprum 101. in prin. de verb. ſignif.* de Jure Canon. evidens extat textus *in c. 2. cauſa 36. quæſt. 1.* ubi conſimiliter adulterium alieni thori violatio definitur, & à ſtupro, quod cum ſoluta committitur, accuratè diſtinguitur; licet aliàs in genere & παχυλῶς loquendo omnis illicitus coitus pro adulterio reputetur & nominetur quo pertinent Canones circa argumenti propoſiti inductionem allati.

Deinde, quod inter adulterum & adulteram nuptiæ prohibitæ dicebantur, per textus utroque ex jure tū civili tum Canon. adductos, limitatur & diſtinguitur, ſi nihil in mortem defuncti ſint machinati, neque de futuro matrimonio tractaverint, tunc enim actâ pœnitentiâ de commiſſo adulterio, adulter & adultera jungi permittuntur *cap. 3. in fin. cap. 4. c. 5. c. 7. cauſ. 31. quæſt. 1. cap ſignificaſti, ext. de eo qui dux. in matrim. quam per adulter. poll.* quibus addo in terminis Jacob. Tomingium Profeſſorem quondam Lipſenſem in deciſionibus quæſtionum illuſtrium, *deciſ. 28. n. 7.*

Autoritates *ultimo*, adductas quantum attinet, breviter ſciendum, non eandem omnium Theologorum hac in pate eſſe ſententiam, pleriſque diſtinguentibus & limitate reſpondentibus; ut taceam autoritates vim legis non habere, & facile autoritates autoritatibus poſſe refutari.

Atque ita manet, nuptias in caſu propoſito, ſalva conſcientia, ſalvoq; jure concedi, nec prohiberi ſupplicantem ducere fœminam, quam, vivente uxore ſua impraegnaverat.

DECI-

Digitized by Google

DECISIO DECIMA QVARTA.

De Sponſo duarum. Quanam ducenda ſit ex duabus, diverſo tempore, deſponſatis & impragnatis?

JUvenis quidam ruſticus[1] ſecreto ſibi quandam puellam viciam deſponſaverat, nullis adhibitis teſtibus, nec conſuetis ſolennitatibus; inſuper eandem impraegnaverat; aliquo tẽpore poſt, idem aliam ejuſdem loci puellam deſponſavit, ſibi publicè ſolenniterque, datis arrhis, epulis inſtitutis, adhibitis amicis, aliiſque intervenire ſolitis ſolemnibus; amore incenſus eandem quoq; cõpreſſit & impraegnavit. Prior ſponſa poſteriorem deſponſationem fieri ſcivit, vidit, choreis interfuit, ſaltavit, nec verbo contradixit, aut de jure ſuo proteſtata fuit. Atqui animadvertens ſe gravidam eſſe, querelam inſtituit, compreſſorem in maritum petit; Reluctatur ſponſa poſterior. Quaeritur, quamnam ex duabus illis ſibi deſponſatis, & inſuper impraegnatis, ducere teneatur, nec enim ob prohibitam polygamiam, ambas ducere vel ab utraque propter ſcandalum & offendiculum abſtinere licuit.

Pro poſteriori deſponſatione reſpondendum, & poſteriori ſponſae ſponſum hunc noſtrum adjudicari debere dicendum videbatur.

Prout enim alias pacta noviſſima prioribus derogant, & quod ultimò placuit attenditur, *l. pacta, C. de pact. l. 7. §. adeo autem, l. ab emptione 57. ff. eod. §. fin. Inſtit. quib mod. toll. oblig. §. 2. Inſtit. quibus modis teſtam. infirm.* ita & ſponſalia priora per poſteriora tolli, & ultima praeferri juri Canonico placuit; Quod enim ſponſalia ſemel inita rata haberi & deductione in domum conſummari debere jure Canonico praecipitur, id eodem jure limitatur & diſtinguitur, niſi ſponſus poſtea cum alia, vel ſponſa cum alio ſponſalia vel nuptias contraxerit, *text. in c. ex literis, extr. de matrimon contra interdictum eccleſ. contr.* ubi Papa Alexand. ſecunda matrimonia inviolabiliter obſervari de-

bere reſcripſit, utcunq; ſponſus contra prohibitionem & interdictum eccleſiæ, ſub anathematis interminatione, de non contrahẽdo ulterius, factum, ad ſecunda vota trãſierit, ſolâ pœnitentiâ contravenienti ſponſo indicta. Concord. tex *in c.1. de ſponſa duarum*, ubi Auguſtinus, ſi aliquis, inquit, alicui mulieri fidem fecerit pactionis, non debet aliam ducere, ſi aliam duxerit, pœnitentiam debet agere de fide mentita, maneat tamen cum illa quam duxit; non enim reſcindi tantum debet Sacramentum; Idque adeo verum putatur, ut licet priora ſponſalia ſint jurata nihilominus tamen per ſubſequens matrimonium diſſolvantur, aſſerente Covarruv. *de ſponſalibus cap. 5.* Et hæc de primo poſterioris deſponſationis fundamento.

Secundò pro poſteriori contra priorem ſponſam ſtrenuo militare videtur, quod prior ſponſa poſteriorem deſponſationem fieri ſciverit, viderit, choreis interfuerit, ſaltarit, nec verbo contradixerit, aut de jure ſuo proteſtata fuerit, ſed re & facto omnia approbarit, & juri ſuo renunciarit; prout cuilibet liberum eſt juri, & actionibus ſibi competentibus renunciare *l. pactum 46. in fine, de pact. l. ſi quis 39. C. eodem, l. ſi quis 39. C. de epiſcop. & cleric.*

Nec inter eſt tacitè vel expreſsè id fiat, quippe cum conventiones non minus re & facto, quam verbis fiant, & eadem utriuſque ſit efficacia, effectus idem, *l. 2. l. 3. l. 4 l. 27. §. ſi acceptilatio, l. 30. §. qui pecuniam, l. qui in futurum 56. de pact. l. 2. C. eodem.* prout & alias tacita & expreſſa per paria cenſentur, & æquiparantur, referente poſt alios Boer. *deciſi. 284. num. n. 14.* Et ne generalibus inhærere & inniti videamur, de ſponſalibus, & quod illis licitè renunciari poſſit, textus ſunt *in l. 2. §. 2 ff. de divor. & repud. l. 2. in fin. C. eodem. l. 1. C. de ſponſalib. c. 2. c. 29. extr. de ſponſalib.* adeo ut licet priora ſponſalia fuiſſent jurata, ab illis tamen recedere liceat per textum apertum *in cap. requiſivit 17. extr. eod. m.* ubi Lucius Tertius Rapalenſi Epiſcopo, requiſivit à nobis tua fraternitas, qua cenſura, mulier compelli debeat, quæ jurisjurandi religione neglectâ, nubere renuit, cui ſe nuptu-

tam,

tam, interpoſito juramento, firmavit; Ad quod breviter reſpondemus, quod cum libera debeant eſſe matrimonia, monenda eſt potius, quam cogenda mulier reſilire volens, cum coactiones difficiles ſoleant exitus frequenter habere. Cui concord. *cap. 5 eodem.* ubi Alexand. Tert. Panormitano Archiepiſcopo, de illis, inquit, qui præſtito juramento promittunt, ſe aliquas mulieres deducturos, & poſtea, eis incognitis, dimittunt terram, ſe ad partes alias transferentes, hoc tibi volumus innoteſcere, quod liberum erit mulieribus iſtis (ſi non amplius in facto eſt proceſſum) ad alia ſe vota transferre, recepta de perjurio pœnitentiâ, ſi per eas ſtetit, quo minus fuerit matrimonium conſummatum; maximè verò id obtinebit, ſi mutuo conſenſu contrahentes à priori placito abeant, *argum. l. nihil, de regul. jur. leg. 7. §. adeo autem, l. ab emptione 57. de pact. l 8. l. 12. C. eod. l. 3. l. 6. §. fin. de contrahen. empt. §. fin. Inſtit. quibus mod. toll. oblig. §. præterea, Inſtit. de except. cum ſimilib.*

Quapropter cum in caſu præſenti mutuo utriuſque conſenſu, ſi non aperto, tacito tamen, à priori deſponſatione ſit receſſum, ac ſponſus, ducendo aliam, priori conventioni haud obſcure renunciarit, tum quoque ipſa ſponſa renunciationem hujuſmodi ſua præſentia & taciturnitate approbarit, pro poſteriori deſponſatione, contra priorem, omninò pronunciandum videtur. Quo faciunt, quæ de tranſactione ſponſalium ejuſq; validitate diſputant, & concludunt JCti Marpurgenſes *conſ. 15. 291. vol. 1.*

Tertiò poſterior deſponſatio, vel ideo præferri debebit, quod publicè, & ſolenniter, miſſis procis, datis arrhis, epulis inſtitutis, adhibitis amicis, & aliis intervenire ſolitis ſolemnibus, ſit peracta, prior verò ſecreto & clandeſtino, nullis adhibitis teſtibus, nec conſuetis ſolennitatibus, facta. Atqui clandeſtina conjugia fieri non debere, & facta irrita cenſeri, hinc inde jure Canonico cautum, & conſtitutum videmus. conſtituit, & ſanxit ita, Evariſtus Papa, ut refertur *in princ. & cap. 1. cauſ. 30. quæſtio 5.* Hormiſda *in cap. nullus, dict. quæſt. 5.* Nicolaus *in cap. Noſtrates 3. ibid.*

Nicolaus *in c. noſtrates 3. ibid.* Leo *in c. nullum eod.* Alexander Tertius *in cap. quod nobis 2. de clandeſtina deſponſat.* Innocentius Tertius *in cap. 3. eodem.*

Hæc ſunt, quæ pro poſteriori, contra priorem ſponſam militare videntur argumenta; At iis non attentis contra poſteriorem, pro priori ſponſa, reſponſum memini, per text. *in c. veniens 15. extr. de ſponſalib.* ubi cum quis duabus fidem matrimonialem dediſſet; & utramque ſimul compreſſiſſet, & quæreretur, quamnam ducere teneatur, Papa Alexander Tertius, mandamus, inquit, ad Epiſcopum Papienſem, quatenus ſi inveneris, quod primam, poſt fidem præſtitam, cognoverit, ipſum cum ea facias remanere, alioquin ſecundæ adhærere facias, ut uxori: Idem multò magis in caſu præſenti dicendum, quippe cum in caſu adducti capituli, priori ſponſæ fides de futuro, at in caſu noſtro, de præſenti data ſit, argumento à minori ad majus ducto, Idem probatur per text. *in c. 30. eod. titul.* ubi Gregorius Nonus, is inquit, qui fidem dedit mulieri ſuper matrimonio contrahendo, carnali copula ſubſecuta, etſi in facie eccleſiæ ducat aliam, & cognoſcat, ad primam redire tenetur, nec quod de facto poſt modum eſt ſubſecutum, verum cenſebitur matrimonium.

Accedit *c. 31. eod.* ubi idem Papa, ſi inter virum, inquit, & mulierem legitimus conſenſus interveniat, de præſenti, ita, quod unus alterum mutuo conſenſu, verbis conſuetis expreſſo, recipiat, utroque dicente, ego te in meam recipio, & ego te accipio in meum, vel alia verba conſenſum exprimentia de præſenti, ſive ſit juramentum interpoſitum, ſive non, non licet alteri ad alia vota tranſire: quod ſi forte fecerit, ſecundum matrimonium de facto contractum, & ſi ſit carnalis copula ſubſecuta, ſeparari debet, & primum in ſua firmitate manere. Idem apertè conſtitutum legimus *in c. accepiſti, c. licet, c. ult. extr. de ſponſa duorum.*

Confirmatur *deniq;* hæc noſtra ſententia Reſponſo Jureconſultorum Lipſenſium, quod refert Matthias Coler. in deciſionibus ſuis, *deciſ. 3.* ubi ſi ſponſus deſponſatam ſibi imprægnet, & aliam deinde carnaliter cognoſcat ſibique in facie eccleſiæ copulari procuret,

ret,

ret, ad primam tamquam deſertam, reſponſo JCtorum Lipſienſium redire jubetur; quod utique noſtro caſu multo magis obtinebit, quippe cum poſterior noſtra, ſponſa nondum in facie eccleſiæ ſit copulata, nec benedictio ſacerdotalis dicta.

Nec quæ pro poſteriori ſponſa adductæ fuerunt rationes, tanti ſunt momenti, ut inde Judex in contrarium moveri debeat. Quod enim *primò* attinet generale illud, pacta noviſſima prioribus derogare, & quod ultimo placuit, attendi debere, ad caſum præſentem accommodari nequit, tum quod de mutuo ſponſi ſponſæque prioris conſenſu à deſponſatione recedere volentium non cõſtet; tum quod in cauſis ſpiritualibus, cujuſmodi etiã ſunt cauſæ materiales, pacta ejuſmodi fieri nequeant *c.4.c.ult. de pact.c.7. de tranſact.c.ultim. verſ.exceptis, eod.* qui textus poſterior in ſpecie de matrimonio loquitur, & in cauſis matrimonialibus hujuſmodi conventiones, quibus à priori placito recedatur, apertè improbat.

Accedit, quod res non amplius ſit integra, quo caſu non attenditur id, quod ultimo placuit *§.fin. Inſtitut. quibus modis toll. oblig. l.7.§.6.leg.57. de pact.* & jus priori ſponſæ quæſitum, quod ipſi invitæ per tranſitum ad alia ſponſalia auferri non potuit *l.non debet 74. leg. nemo 75. l.factum 197. de reg.iur. l.ſolvendo 38. de pact. l. paterfamil. 42. de hæred. inſtit.* Quod ſecus eſt in caſu *objecti paragraphi ſecundi Inſtit. quibus mod.teſt.infirm.* ubi quod poſterior voluntas attenditur neglectâ priori, mirum videri non debet, cum ſolius teſtatoris voluntate, res illa peragatur, nec per priorem diſpoſitionem ulli alicui jus quæſitum dici poſſit. Nec indiſtinctè obtinet, quod ex jure Canonico adducebatur, ſponſalia priora, per poſteriora tolli, & ultima præferri: Non obtinet, in ſponſalibus de præſenti, per text. *in c.2.ext. de ſponſa duorum*, ubi pœnitentia injungitur illi, qui alterius ſponſam de præſenti, in uxorem accepit, addito, quod in uxorem nullatenus illam habere poſſit. Concordat text. *in cap. additur 13.c. deſponſatam 27 cap. ultim. cauſa 27. quæſt. 2.* & ext. *in princ. cum c. ſeq. cauſa 31. quæſt. 3.* adeo, ut licet poſterior ſponſa carnaliter ſit agnita, idem tamen obtineat,

 nec

Digitized by Google

nec priora ſponſalia de præſenti, per ſubſequentia, utcunque copula carnali corroborata, infirmentur per text. evidentes *in cap. licet, 3. & ultim. de ſponſa duorum c ſi inter 31. extr. de ſponſalib.*

Præterea, quod dictum, ſponſalia priora, per poſteriora tolli, & ultima præferri, non obtinet, ſi copula carnalis prioribus ſponſalibus (etiam de futuro contractis) ſupervenerit, *cap. veniens 15. c. is qui 30. extr. de ſponſalibus.* Atqui, utraque limitatio, in caſu præſenti obtinet; agimus quippe de ſponſalibus de præſenti contractis, & inſuper etiam carnali copula confirmatis, ut ita regula objecta, qua dicebatur, ſponſalia priora per poſteriora tolli & ultima præferri in caſu nobis propoſito officium ſuum perdat, ut loquitur Paul. *in l. 1. de reg. iur.*

Quibus attentis, non difficile erit reſpondere ad textus pro poſterioribus ſponſalibus, quaſi illis priora tollantur, & ultima præferantur adductos; loquitur quippe utrumque ex jure Canonico allatum capitulum, in ſponſalibus de futuro: illis per alia poſtmodum ſubſecuta derogari, & ultima præferri diximus, & dicitur in oppoſitis capitulis.

De capitulo *ex literis extr. de matrimon. contracto contr. interd. eccleſ.* conſtat id, præter ſummarium illi præmiſſum, tum ex diſputatione partium litigantium, tum ex reſcripto Pontificis; Ex diſputatione; diſputatúm quippe, & utrinq; litigatum fuit, Num priora ſpōſalia fuerint de præſenti, an de futuro, quorum illud ſponſus, hoc verò ſponſa aſſerebant Ex reſcripto Pōtificis; quippe cum ſub conditione & qualificatè poſteriora ſponſalia comprobet, & illa ſervari velit, ſi nimirum priora, non de præſenti, ſed de futuro ſint inita, prout proponebatur mandamus, inquit, ſi nihil conſtiterit, quod impediat præter conſenſum de futuro, qui inter præfatos R. & M. aſſeritur præceſſiſſe, ſecunda matrimonia inviolabiliter obſervanda judicetis.

Eodem ſenſu exaudiri debet *c. 1. extr. de ſponſa duor.* cum in dijudicanda prærogativa, in ſponſalibus ſucceſſivè contractis, apertè diſtin-

diſtinguatur, inter fidem pactionis & conſenſus, ita ut ſi quis ſucceſſivè per verba de præſenti, cum duabus contrahat, teneatur adhærere primæ, ſin verò primo contraxiſſet per verba de futuro, & poſtea per verba de præſenti, ſecundam ducere jubeatur; Qua diſtinctione, quæ fit inter fidem pactionis, & fidem conſenſus, nihil aliud innuitur, quam quod alibi inter ſponſalia de præſenti, & ſpōſalia de futuro, dſtinguitur, prout diſtinctio illa præter textus ſupra adductos, apertè habetur *in c.3.ejuſdem tituli*, ubi Papa Alexand. priora ſponſalia, per ſubſequens matrimonium etiam carnali copula conſummatum, tolli negat, ſi priora Sponsalia non de futuro, ſed de præſenti fuiſſent.

Quo modo etiam quæ ex Covartuv. circa inductionem primi pro poſteriori ſponsa allati argumenti adducebantur accipi debēt, videlicet de Sponsalibus in ſpecie ita dictis, & quæ alias de futuro appellantur. Quod n. attinet Sponſalia de præſenti, indubitate illa poſterioribus præferuntur, ſive juramentum ſit interpoſitum, ſive non, *c.31.extr. de ſponſalibus*, ut taceam, tum demum illud Covarruviæ pronunciatum obtinere, ſi poſteriora Sponsalia fuerint de præſenti *c. 31. in fin. de ſponſalibus*, alioquin ſi utraquè ſint de futuro, priora jurata poſterioribus præferuntur, *cap. ex literis 10. cap ſicut 22. verſ. quodſi forte. de ſponſalib.*

Et hæc de primo poſterioris Sponſæ fundamento. De renunciatione, quod *ſecundo* affertur, nec inde prioris ſponſæ, petitionem elidi poſſe, ex ſupra dictis patet. Diximus, in cauſis ſpiritualibus, cujuſmodi etiam ſunt cauſæ matrimoniales, pacta & conventiones locum non habere *c.4.c.ult. de pact.*

Idem in ſpecie de cauſis matrimonialibus, & quod in illis non valeant conventiones, quibus à priori placito recedatur, traditum habemus *in capit. ultim. de tranſactionibus*, ubi tranſactiones de cauſis matrimonalibus fieri prohibentur. Nec quæ de tranſactione Sponſalium, ejusque validitate ex conſilio Marpurgenſium *15. volum. prima*, adducta fuerunt, ad noſtrum caſum

accom-

Digitized by Google

accommodari poterunt, nobiſve obſtabunt; loquuntur illi, de caſu dubio & incerto, quando non conſtat, an matrimonium ſit contractum, ut ita tranſactio non fiat de matrimonio ipſo, ſed ſuper metu litis, quæ circa matrimonium moveri voluit. At in noſtro caſu de fide matrimoniali, an data ſit, nullum ſubeſt dubium, conſtat id ex propria rei conventi confeſſione, ut taceam, non ſine cauſa dubitari, Num tranſactioni locus eſſe poſſit, in caſu ubi promiſſio matrimonii ab una parte aſſeritur, ab altera verò negatur, quippe cum generalitas verborum *d.c. ult. de tranſactionib.* ejuſmodi reſtrictionem & interpretamentum non admittat, nec etiam tranſactio ſit, niſi de re dubia & incerta *l.1. de tranſact. l.2. C. eod.*

Quod cum ita ſit, ac ne mutuo quidem utriuſque contrahentis conſenſu, verbis apertè declarato à priori placito matrimonii recedi poſſit, nihil utique priori noſtræ ſponſæ obſtabit, quod poſteriorē deſponſationem fieri ſciverit, viderit, choreis interfuerit, ſaltarit, nec vel verbo cōtradixerit, aut de jure ſuo proteſtata fuerit cum nec expreſsè conſentire, & priori deſponſationi renunciare potuiſſet, ut ita quod per expreſſum fieri nequit, id nec tacitè fieri permittatur, cum tacitum & expreſſum, per paria cenſeantur, nec major vis tacito, quam expreſſo ineſſe poſſit. Quapropter ceſſabit hoc noſtro caſu, vulgata juris theorica, quod cuilibet liberum ſit, juri, & actionibus ſibi competentibus renunciare; cum jura noſtra, renunciationes, & tranſactiones, in ſpiritualibus ac matrimonialib. cauſis, planè improbent, nec fieri permittant, uti præter ſuperius dicta patet *ex c.9 c.31. ext. de ſponſalib.*

Nec obſtant, quæ de ſponſalibus, & quod illis licitè renunciari poſſit, ex jure, tum civili, tum Canonico, allata fuerunt, Diſtinguendum, inter ſponſalia de futuro, & ſponſalia de præſenti: Illis renunciare licet *d.l.2. §.2. de divort. & repud. l.2. C. eod. l.1. C. de ſponſal. c.2. c.5. c.17. c.29. extr. eod. hi*, non item *c.9. c.31. de ſponſalib.* Id quod de jure civili, nullam dubitationem habet, cum ſponſalia de futuro propriè ſint ſponſalia juris civilis, & nominatis ſponſalibus, nulla intelligantur

alia,

alia, quam quæ futurarum nuptiarum promiſſionem continent; *l, 1. & tot. tit. de ſponſalib.* nec etiam de jure Canonico dubitari debebit, cum apertè ita diſtinguat Pontifex Gregorius Nonus *in c. licet, extr. de ſponſalib.* juxta quem textum alii, ſi qui fortè indefinitè ſint concepti, exaudiri debebunt.

Deniq; priori deſponſationi non obſtat, nec poſterior inde prerogativam habebit, quod publicè & ſolenniter, miſſis procis, datis arrhis, inſtitutis epulis, adhibitis amicis, & aliis intervenire ſolitis ſolemnibus, ſit peracta, prior verò ſecretò & occultè, nullis adhibitis teſtibus, nec conſuetis ſolennitatibus, facta; ſiquidem, quoad deſponſationem ipſam, ejus formam, & ſubſtantiam, nihil intereſt, ſecretò, vel palam illa fiat, modo de illa vel confeſſione contrahentium, vel aliunde conſtet *cap. 1. de clandeſt. deſponſ.* Nec huc pertinet, quod jure Canonico clandeſtina conjugia fieri prohibentur, & facta pro irritis habentur; Agitur in adductis capitulis, de ritu ac ſolennitatibus, in contrahendo conjugio neceſſariis, & inter alia precipitur, ut fiant publice in facie eccleſiæ, præcedente trina denunciatione, & ſubſequente benedictione ſacerdotali; occultè facta improbantur; nullum ſine dote fiat conjugiū, nec ſine publicis nuptiis, quiſquam nubere, vel uxorem ducere præſumat, inquit, Leo Papa, *in c. nullum cauſa, 30. queſt. 5.* Unde & Innocentius Tertius in concilio generali conſtituit, ne quis ſacerdos clandeſtinis conjugiis, extra eccleſiam privatim ineundis, interſit, uti refertur *in cap. 3. extr. de clandeſtin deſponſat.* De ſponſalibus tale quid, conſtitutum, nullibi legitur; ſufficit illa facta fuiſſet, de factis conſtare poſſe *d. c. 1. de clandeſt. deſponſat.* Adhæc, licet clandeſtinæ nuptiæ, conſtitutionibus adductis prohibeantur, nec fieri permittantur, ſi tamen mutua confeſſione de illis conſtet, recipiuntur, & ratificantur, *c. 8. c. 9. c. 11. cauſa 30. quæſt. 5. c. quod nobis 2. extr. de clandeſtina deſponſat.* Atqui noſtro caſu non negat, ſed apertè fatetur Reus conventus, ſe actrici primitùs fidem matrimonialem purè & abſolutè dediſſe. Ducat igitur neceſſe eſt priorem, relictâ poſterius ſibi deſponſatâ puellâ, jure juriſque rationibus ita volentibus.

Digitized by Google

DECISIO DECIMA QVINTA.

Quânam pœnâ ſit afficienda fœmina, quæ poſt deſponſationem, à Tertio ſe impregnari ſivit; Et Num maritus ſeparationem petere poſſit, quando poſt confeſſionem uxoris, de impregnatione factam, cum ipſa carnaliter conſueſcere perrexit?

QVIDAM juvenis deſponſavit ſibi quandam viduam, adhibito parentum propinquorum & Amicorum conſenſu, datiſque in ſignum & teſtimonium deſponſationis factæ Arrhis ſpõſalitiis; quia a. ſub cum hero, cui pro Amanuenſi tum temporis inſerviebat ad dies circiter quatuordecim, domum, proficiſci neceſſe erat, eouſq; epularum datio, & ſolennis deſponſatio, mutuo utriuſq; conſenſu, dilata fuit. Abſente ſponſo, ac necdum præteritis prædictis diebus quatuordecim, vidua ſponſa cum ſervo ſuo domeſtico cujus ſervitiis in annum tertium ad rem ruſticam uſa fuerat, conſuevit, ſeque ab illo impr.ægnari fecit. Reverſo poſt menſem (nec n. propter inopinatum h. ri obitum citius redire licuit) ſponſo juvene pro more regionis inſtituuntur epulæ ſponſalitię, publicaq; ſponſalia celebrãtur: & aliquo tempore poſt, in facie eccleſiæ per ſacerdotem copulatio facta, nuptiæq; ſubſecuta fuerunt. Aſt cum uterus poſt celebratas nuptias intumeſcere inciperet, uxor malè ſe habere cœpit, maleque ſibi conſcia in hæc ſemel præſente marito prorupit verba, velle ſe, ut quem primò excludat infantem, diabolus ſit cui maritus indignabundus reſpõdit, ſi ita ſic, oportere & illam eſſe Diaboli; at cum die ſequenti in memoriam revocarentur verba temerè effuſa, prætẽdit neſcire ſe quidnam elocuta fuerit. Maritus animi remedium quærens, inſtitit apud ipſam ut ſecum cœ à Domini uteretur; illa vero, timere, ſe ut bona conſcientia eò eat prætendat: cauſam quærenti nihil certi reſpondit; ſed in aliud tempus diſtulit, ivit tamen cum ipſo ad cœnam Domini.

Quo

Quo peracto, inſtitit maritus locutionum illarum cauſam ſibi aperiat, modò blãdis modo ſeriis uſus verbis; aperuit tandẽ cũ ſervo acta geſta, vacillans tamẽ die ſequenti confeſſionẽ revocavit, negãs & pnegans omnia, unde maritus dubius fuit redditus, & quia tẽpore factæ confeſſionis temulenta extitit, ſobria vero nihil fateri voluit, nec etiam quiſquam interfuit, quo confeſſionem factam probare licuiſſet, acquievit fidemque revocationi habens conjugaliter cum illa vivere, debitaq; maritalia ſolvere, perrexit. Tandem eò res pervenit, ut apud Tertium cum ſervo habitam commixtionem carnalem confeſſa fuerit quo facto maritus omni deinceps converſatione cõjugali abſtinuit domo exiit, & ad ſuos recepit. Hinc quæſitum, quanam pœna afficienda ſit uxor, Num ultimo ſupplicio plecti debeat, An verò pœna pecuniaria; Et ſi pecuniaria tantum pœna veniat plectenda, Num maritus divortium petere poſſit, An verò quam duxit, poſtque confeſſionem carnaliter cognovit retinere teneatur?

Primum quod attinet, non deſunt, quæ pœnam capitis, & ultimi ſupplicii ſuadere videntur. De jure divino Adulterum pœna mortis puniri, textus eſt apertus *Levit. 20 verſic. 10.* ſi mœchatus quis fuerit cum uxore alterius, & adulterium perpetraverit, cum conjuge proximi ſui, morte moriantur, & mœchus & adultera. Concord. textus *Deut. 22. verſ. 22.* Si dormierit vir cum uxore alterius uterq; morietur, adulter & adultera.

Idem de jure Juſtinianeo conſtitutum legimus. Etſi enim jure civil. veteri pœna adulterii, ſimplex fuerit relegatio, ut ſentit Cujac. *libr. 6. obſervat. cap. 11. lib. 20. cap. 18. & ad Paul. libr. 5 ſentent. tit. 23.* Menoch. *de arbitrar. judic. quæſtion. lib. 2. caſ. 419. n. 27. n. 31. cum ſeqq.* Weſenb. *in paratitl. ff. ad l. Jul. de adulter. numer. 19.* vel deportatio, ut volunt communiter, prout illam communem dicit, & autoritatibus comprobat Jul. Clar. *lib. 5 ſentent. § adulterium, num. 7* poſtea tamen, ſanguinis & gladii pœna adulteris irrogari cœpit *leg. 9. l. 30. Cod. ad leg. Jul. de adulter. § item lex Julia Inſtitut. de public. judic. junct. ordinat. criminal. Carol. V. artic. 120.* ubi pœnam in adulteros noviſſimis

Digitized by Google

Imperatorum ſanctionibus cōſtitutio comprobat & imponi jubet. Ac licet Imperator Juſtinian. fœminis plus æquo favens, in Novell. 139. *c. 10.* unde deſumpta eſt authent. *ſed hodie*, *C. ad l. Iul. de adulter.* anteriorum Imperatorum conſtitutiones, in fœmina adultera, mitigarit, eamque caſtigari & in monaſterium detrudi voluerit, aliter tamen uſu obſervari videmus; nec etiā juri divino mitigatio ejuſmodi cōvenit, cum eo jure, uterq; & adulter & adultera capitis pęna plecti jubeantur, *text. Levit. 20. verſ. 10*, *Deuteron. 22. verſ. 22.* Immò fœminam adulterantem ſeverius puniri debere omnium fere Gentium conſenſu receptum, putatumque ſemper fuit; cum ſexus ille in id genus turpitudinis ſit proclivior, ac delictum hoc in illo ſit turpius magiſque pernicioſum, propter eam, quæ conſequitur liberorum incertitudinem, & confuſionem familiarum.

Nec quoad caſum propoſitum referre videtur, quod fœmina ante ſolennem deſponſationem, & benedictionem ſacerdotalem, ſervo ſe ſubjecerit, & imprægnata fuerit; ſiquidem in ſponſa etiam adulterium committi, & conſequenter adulterii pœnam locum habere, conſtat *ex l. ſi uxor 13. §. 3. ad leg. Jul. de adulter.* ubi Ulpian. Divi Severus & Antoninus, inquit, reſcripſerunt etiam in ſponſa; hoc idem (intellige Adulterii crimen) vindicandum eſſe, quia nec matrimonium qualecunque, nec ſpem matrimonii violare permittitur; cui concord. *§ ſi minor, d. l. 13. & l. propter 7. C. eod.* Idem legibus divinis comprobatum habemus, ut videre eſt *Deuter. 22. verſ. 23.* ubi ſi alteri deſponſata ſtuprum paſſa ſit volens lapidibus obrui jubetur; id quod maximè obtinebit, ſi ſponſa ſit de præſenti. Clar. *libr. 5. ſent. §. adulterium, num. 8.* ubi ait in ſponſa, per verba de præſenti deſponſata, locum habere pœnam adulterii, etiamſi à viro cognita adhuc non fuerit, & ita tenere Doctores communiter. Siquidem ſponſalia de præſenti, veræ ſunt nuptiæ, & ita deſponſatæ, uxores veræ; cum forma nuptiarum (quæ eſt vinculum, nexus & obligatio ex mutuo contrahentium conſenſu orta) ſponſalibus de præſenti inſit; ut proinde ſponſa de præſenti, quamvis carnaliter cognita, non ſit, meritò uxoris loco habeatur, ac nominetur, prout & ipſa ſcriptura

ſacra

ſacra ſponſam uxoris nomine appellat *Matth.1.verſ.20. Deut.22.verſic.23. cum ſeq.* cui Concord. *l.15.in fin. de condit. & demonſtrat.* ubi Ulpian. nuptias, inquit, non concubitus ſed conſenſus facit, item *l.3. cum hic ſtatus 32. §.13. de donat. int. vir. & uxor.* ubi idem Ulpian. Non coitus, inquit, matrimonium facit, ſed maritalis affectio, fac. *leg 6. cum ſeq. de rit. nupt.*

Accedunt decreta Canonum *cauſ.27.quaſt.2.in princ.c.ſufficiat, §.cum ergo, cap.3. §.1.c.6.c.9.c.10.c.12.in princ. & §.1.c.14. & 15.in fin.* Adde allegata apud Jacob. Tomin. *deciſion.28. num.4.cum ſeqq.* Atqui fœminam, qua de agimus, fuiſſe ſponſam de præſenti, adeoque veram uxorem, ex facti Narratione liquet. Præterea conſtat, hac de cauſa pœnam adulteriis præcipuè præſtitutam, ne videlicet per hæc confunderentur familiæ, reddereturq; incerta, conſtuprati lecti ſoboles, ac innocentes mariti ſępè inimiciſſimorũ filios pro ſuis alere, atque agnoſcere cogerentur, pro ut cauſam hanc ex Philone refert Weſenbec. *in paratitl. Digeſtor. ad leg. Iul. de adulter. num.8.* Jam verò cauſam illam in præſenti etiam caſu obtinere, cuivis eſt obviũ, poſſet quippe fœmina ſagax, negotium ita dirigere, ut in ſeptimũ menſem à benedictione ſacerdotali, & maritali concubitu, partus excluſio incideret, atque ita marito alienum partum ſupponere. Unde non refert, quod ante benedictionẽ ſacerdotalem, & copulationem in templo publicè factam, delictum fuerit perpetratum, per ea quæ modo diximus, & quia ſacerdotalis illa benedictio & publica deſponſatio in facie eccleſiæ, quæ fit non requiritur ad cõſtituendum matrimonium, ſed ut conſtitutum innoteſcat, & ne, ut antea multoties fiebat, de probatione multum ſit laborandum; qua de cauſa etiam epulæ ſpõſalitiæ dari ſolent, in ſignum videlicet & argumentum factæ deſponſationis; ſimiliter nec refert, quod ante quam ad domum mariti mulier fuerit deducta, delictum ſit commiſſum, ſiquidem ad ſubſtantiam matrimonii deductionẽ in domum mariti minimè deſiderari verius eſt, cum nonnunquam usuveniet, ut non maritus uxorem, ſed contrà uxor virum in domum ſuam deducat,

Digitized by Google

vel recipiat (id quod in propoſito etiam noſtro factum videtur) Salicet. *in l 6. num. 3. C. de donat. ant. nupt.* Boer. *deciſ. 22. n. 35.* Duaren. *de nupt. cap 2* quos in ſimili argumento allegat & ſequitur Jacob. Toming. *deciſ 28. num. 5 cum ſeq.*

Hæc ſunt, quæ pœnam capitis & ultimi ſupplicii in caſu propoſito ſuadere videntur. At illis non obſtantibus in Facultate reſpondimus, fœminam, qua de agitur, non mortis, ſed relegationis, vel qua alia pœna arbitraria, plectendam eſſe; atque ita etiam in propoſita facti ſpecie obſervatum, & facinus admiſſum pecuniaria pœna expiatum fuiſſe memini.

Quod enim attinet pœnam adulterii illam ſecundum conditionem perſonarum, aliaſque circumſtantias probabiles variari, modo leviorem modo graviorem imponi adeoque arbitrariam ferè exiſtere ex Bartol. *ad l ſi quis viduam, de quæſtionib.* Angel. *in tractat. malefic. ad v. rb. che bai adulterat. n. 41* Jul. Clar *libr. 5. ſentent. §. adulterium, n. 7.* notat Weſenbec. *in paratitl Dig. ſt. ad leg Iul de adult. num. 19.* & uſus fori comprobat; Unde cum in caſu præſenti poſt privatas adpromiſſiones inter ſponſum & ſponſam factas, ante diem publicæ deſponſationi præſtitutum, ſponſa ſervo ſuo ſe aſſociarit, multaque incidere potuerint, ne proceſſerint nuptiæ, (prout videmus circa pacta dotalia ſæpè contrahentes ita diſcrepare, ut quæ antea videbantur rata, retractentur & annullentur) certè durum & iniquum fuiſſet, ſeveriori pœnâ in delinquentem animadverti. Deinde multum differre ſponſam de præſenti, ab uxore maritaliter cognita, nec per paria cenſeri, ita ut quæ de uxore dicuntur ſtatim ad ſponſam de præſenti trahi & extendi debeant, habetur, & exemplis declaratur, *in cap non eſt, c cum ſocietas, cap decreta, c quod autem, cap ſi quis, c. ſtatutum, cauſ. 27 qu 2.* maximè verò in odioſis, cujuſmodi eſt, pœnæ impoſitio ſponſa de præſenti nondum carnaliter cognita, uxoris loco non habebitur, nec de uxore ſtatuta, ad ſponſam de præſenti, trahi debebunt, uti docet & exemplo declarat Boer. *deciſ 22. numer. 38.* cui adde Emanuel. Soarez *in theſaur. recept ſentent. lib. 5. num. 57.*

B poſt.

Baptiſt. à Villalobos, *in tractat. commun. opinion. lit. M. nu. 81.* Adhæc fœminis, propter fragilitatem ſexus, & quia facile improborum ſollicitationibus ſeduci poſſunt, pœnam gladii ab Imperat. Juſtin. remiſſam, & ipſius loco fuſtigationem, ac detruſionem in monaſterium, ſubſtitutam fuiſſe, conſtat *ex Novell 134. cap. 10. unde deſumpta eſt authent. ſed hodie. C. ad leg. Jul. de adult.* Quæ pœnæ mitigationem non improbavit, ſed confirmavit potius Carol. Quint. *in conſtitut. crimin. art. 120* dum ſanxit, adulteria ſecundum anteriorum Imperatorum conſtitutiones puniri debere.

Ideoque, niſi aliud ſit cautum, ſtatuto loci cujuſmodi eſt conſtitutio Electoris Auguſti quæ habetur *part. 4. conſtitutionum electoralium anno 72 editarum, n. 19.* vel inveterata conſuetudine aliud ſit receptum, juxta prædictam Juſtiniani Imperatoris conſtitutionem judicari debebit *arg. l. præcipimus, in fin. C. de appellationib. l. ſancimus, C. de teſtament.*

Sic apud Saxones obſervari & adulteras, vergis cæſas, in perpetuum relegari, ſi cum maritatis rem habeant, ſin verò cum ſolutis (prout in noſtro caſu factum) coeant, ſimpliciter, ſine fuſtigatione, relegationis pœna plecti teſtes ſunt Wefenb. *in paratitl. ad leg. Jul. de adulter. num. 19.* Chilian König *in pract. titul.* von dem Ehbruch vnd Pœnen deſſelbigen/ *verſ.* aber zu dieſer Zeit Matthias Coler. *deciſ. 176. num. 27. cum 2 ſeqq.* Jacob. Toming. *deciſ. 42 num. 22.* & alii Scriptores Juris Saxonici quibus adde Nicol Boer. *deciſ. 297 nu. 12.* Laurent. Kirchov. *in tractat commun. opin cent. 1. concluſ. 7. verſicul. mulier verò.* Thom. Grammat. *in dec. Neapolitan. deciſ 31, numer. 3. & 8. in fin.* Franciſc. Viv. *in tractat. commun opin. lib. 2 verb. adulterii, nu. 3 & 4.* Jul. Clar. *lib. 5 ſentent. § adulterium num 7.* ubi multa adfert, multarũ curiarum præjudicia, & teſtatur quod viderit condemnari adulteras in fuſtigationem & exilium arbitrarium;

Et hæc de *prima* caſus propoſiti *quæſtione*; ubi cum evicerimus pœnam capitis & ultimi ſupplicii locum habere non poſſe, ſuccedit *quæſtio altera*: Num maritus petere poſſit divortium?

Negan-

Digitized by Google

Negandum id videbatur, ex rationibus ſubsequentibus; quarum quædam ſunt generales, ad quæſtionem, An qui ex alio gravidam, vel vitiatam duxit, quam virginem, vel caſtam eſſe, putavit, retinere teneatur, in genere & theſi pertinentis; quædam verò ſpeciales, ex caſus propoſiti circumſtantiis desumptæ. Generales quod attinet, jure Canonico cautū habemus, quod qui ex alio gravidam, vel vitiatam duxit, illam dimittere nequeat, ſed teneatur sponsalia, deductione in templum conſummare, vel quam duxit retinere. Textus eſt *in cap. unic. cauſ. 29. quæſt. 1.* ubi Gratian. qui ducit, inquit, in uxorem, meretricem vel corruptam, quam putat eſſe caſtam, vel virginem, non poteſt eam dimittere, & aliam ducere. Concordat *cap. 25. extr. de jurejur.* ubi Innocentius Tertius, quemadmodum, inquit, ſi vir mulieri juraſſet, quando contraxit cum illa; quod eam ſemper pro legitima uxore tenerit, pro fornicatione, quam mulier antea commiſiſſet, illam dimittere non poſſet; ita ſi quis juraverit, ſe ducturum aliquam in uxorem, non poteſt ei fornicationem opponere præcedentem.

Unde, cum in cauſis ſpiritualibus, quale etiam eſt matrimonium juri Canonico ſit ſtandum, uti habet vulgata practicorum theorica, & notant interpp. communiter *ad cap. 2. de regul. jur. in 6.* utique ſecundum illam juris Canonici ſanctionem, in præſenti etiam caſu judicandum videtur, maximè cum illa juris Canonici diſpoſitio rationibus non deſtituatur, ſed ſubnixa ſit evidentiſſimis, quas pro ſtabilienda hac Canoniſtarum ſententia poſt Covarruv. *de cauſ. matrimonialib. part. 2. cap. 3.* magno numero adducit Weſenbec. *in paratitl. Digeſt. de rit. nupt. num. 8.* & hunc noviſſimè ſecutus Everhard. Bronckh. *2. antinom. 17.*

Primò quippe conſtat, quod error qualitatis non excludat conſenſum, veluti, ſi quis emerit agrum, vel vineam, quam putabat eſſe uberrimam, quamvis ille errarit in qualitate rerum, rem minus fertilem emendo, non poteſt tamē venditionem reſcindere; ſic ſi quis duxerit pauperem, quàm divitem, ignobilem quàm nobilem exiſtimabat, errorem allegare non licet, cum ſit fortunæ & qualitatis er-

ror, qui non excuſat, *d. quæſt. 1. cauſ. 29. §. adhæc non omnis, & §. error fortunæ*; Jam verò, conſimilem eſſe errorem, accidentalem nimirum, ſi quis corruptam vel meretricem, quam virginem vel caſtam eſſe, putavit, duxerit, patet ex *d. c. unic. §. error fortunæ, circa finem*, ubi exemplum hoc annumeratur aliis, quibus circa qualitatem erratum fuit exemplis.

Secundò quod juris eſt, inquiunt, in ſponſo, idem juris etiam eſſe debebit in ſponſa relativorum enim idem jus eſt, & quod obtinet in uno relativorum, idem etiam in altero obtineat neceſſe eſt, *l. fin. Cod. de indict. viduit. toll. & tot. titul. Digeſt. quod quisque iur. in al. ſtatuer. ut ipſe eod. iur. utat.* atqui ſponſum ex cauſa amiſſi pudoris repudiari non poſſe; Ergo nec ſponſam repudiari debere.

Tertiò. Non minoris ſunt labes animi vitiati, quàm corporis; atqui maritum non poſſe uxorem ob animi vitium, puta quod ſit prodiga, athea vel infidelis & improbatæ religionis, repudiare, *1. Corint. 7. verſic. 12. cum ſeqq.* Ergo nec poterit eam ob vitium corporis, puta ob læſam pudicitiam, repudiare.

Quartò affertur, quod licet quis ignoret conditionem perſonæ, cum qua contrahit, inde tamen contractus non reſcindatur, quia, qui cum alio contrahit, vel ſcit. vel (quod perinde eſt, *leg. 5. de reb. credit l. magnam, Cod. de contrah. ſtipulat. l. 2. Cod. de in jus vocand. l. 8. de jur. & fact. ignor.*) ſcire debet, conditionem ejus, cum quo cōtrahit, ſitne major, minor, pupillus, an ſervus *l. quicum 19. de reg jur.* Idem Ergo in contractu matrimonii dicendum, & ſibi imputare debebit mas, qui non diligentius ſibi cavit, atq; ſpoſpexit; fac. quod ſponſalia vel conjugium non diſſolvantur, ſi alteruter contrahentium ſit ſpurius, qui tempore contractus, legitimè natus putabatur, errore & ignorantiâ minimè attentis.

Quintò adducunt brocardicon, quod quæ expreſsè adjecta non valent, illa nec tacitè ſubintellecta valeant *argum. l. 3. ubi Dd. de reb. cred ſi cert. petat.* Atqui conditio hæc ducam te, ſi invenero te

Z virgi-

virginem, non valet, ſi expreſsè adjiciatur, cum inhoneſtatem ſapiat, & ſuſpicionem læſæ pudicitiæ innuat, contra juris præſumptionem. Ergo nec tacite ſubintellecta valebit.

Sextò conjugia ſemel rectè conſummata, retractari exemplo peſſimum eſſe..

Septimò. Quieta conjugia non eſſe diſtrahenda ſed quos Deus conjunxit, ab homine ſeparari non debere:.

Octavò occulta delicta non eſſe manifeſtanda.

Nonò, per copulam omnes conditiones conjugiorum purificari ac perinde haberi, ac ſi purè contractum ſit, puta ſi quis ſub hac conditione promittat conjugium, duco te ſi in dotem dederis mille, per ſubſequentem copulam conditio illa tollitur.

Decimo quod benè geſtum eſt, inquiunt, non debet ex alio evẽtu retractari; per regulam traditam *l. ſancimus 25. Cod. de adminiſtrat. tutel.* & exemplo declaratum *l. 3. de offic. prætor.* ubi ob bonum publicum ſuſtinentur ea, quæ geſſit quis, tanquam magiſtratus, qui tamen propter ſtatum ſervilem magiſtratus eſſe non potuit, ideoque & matrimonium, de quo agimus, ob bonum publicum, & ex humanitatis ratione, ſuſtineri debere.

Vndecimo afferunt *l. 13 §. 6. & § fin. ad leg. Iul. de adulter.* ubi Jureconſultus, ſtupri vel adulterii accuſari non poſſe ait, quæ poſt commiſſum ſtuprum ducta eſt, ſerò enim accuſat mores, quos uxorẽ ducendo maritus probavit; quæ lex, cum non diſtinguat, inter ignorantem & ſciẽtem, ſed loquatur generaliter, nec nos diſtinctionem facere debere, *vulg. l. de precio, de public. in rem actio n.*

Duodecimò adducunt *l. alioqui 11. §. 1. de contrah. empt.* ubi Ulp. Si ego me virginem emere putarem, cum eſſet jam mulier, emptio valebit, in ſexu enim non erratum, cæterum ſi ego mulierem venderem, tu puerum emere, exiſtimaſti, quia in ſexu error eſt, nulla eſt emptio, nulla venditio.

Decimotertio allegant, quod opus miſericordiæ exerceat, qui meretricem ducit, & hoc ei in remiſſionem peccatorum proficiat, *iuxt. cap. inter opera, extr. de ſponſalib.* indeq; inferunt, quod qui ignorans

rans talem duxit, multò magis illam retinere debeat, cum quilibet ad opera charitatis præſtanda obligetur, & ea quæ ad remiſſionem peccatorum faciunt, negligere non debeat.

Addunt *decimoquartò*, quod in caſibus dubiis, quoad ejus fieri poteſt, pro matrimonio ſit pronunciandum *cap. fin. extr. de ſentent. & re judic.*

Deniq;, ſuperiorem Canoniſtarum ſententiam à multis ſeculis conſuetudine confirmatam, & judicando obſervatam fuiſſe; ideoque ab ea recedi non debere, aſſerunt. Et hæc de rationibus generalibus.

Specialis ratio propter quam, in propoſita facti ſpecie, à marito petita ſeparatio, deneganda videtur, ex circumſtantiis facti deſumitur. Cum enim, poſteaquam ipſi innotuit, uxorem cum ſervo conſuevisse, & ab ipſo impraegnatam fuiſſe, nihilominus matrimonialiter cum illa vivere, lectique conjugalis debita perſolvere, perrexerit, utique priorem offenſam remiſiſſe videtur, nec proinde ad accuſationem admittēdus, cum ſero accuſet mores mulieris, quos ſemel approbavit, ut inquit Ulpian. *in l. 13. §. fin ff. ad leg. Iul. de adult.* cui iiſdem ferè verbis concordat *l cum mulier 47. in fin. ſolut. matrim. quemad. dos petat. l. crimen. 11. Cod. ad l. Iul. de adult.* ubi qui uxorem adulteram in matrimonio retinuit, adulterii ipſam accuſare non poſſe dicitur. Sic & qui uxorem dimiſſam reduxit, & in matrimonio retinuit, illa poſtmodum adulterii accuſare nequit, uti reſpondit Paul. *in l. quæſitum 40 ff. de adulter.*

Conſtitiſſe autem marito noſtro, uxorem ab alio impraegnatam fuiſſe, ex ipſis facti circumſtantiis clarè liquet: fatetur quippe ipſemet, quod ſtatim poſt celebratas nuptias uterus novæ nuptæ intumeſcere inceperit, unde haud dubitavit præcedentis concubitus conjecturam ſumere potuit; deinde confirmavit præſumptionem illam, ex præmaturo uteri tumore reſultantem, inſolens & perquam ſuſpecta oratio, dum in præſentia ipſius mariti in impia hæc prorupit verba, velle ſe, ut quem primò excludat infantem diabolus exiſtat; acceſſit tertiò, quod dum inſtitit apud ipſam, ut ſe-

cum cœnâ Domini uteretur, illud renueret, afferens timere ſe, ut bona conſcientia eò eat; denique ore proprio edixit uxor & confeſſa fuit ſervo Acta geſta; cui uxoris confeſſioni merito plena fides habenda fuit, conſideratis, quæ illam præceſſerunt, actibus, & circumſtantiis. Quæ omnia cum neglexerit maritus, & quam ex alio gravidam cognoverat, ut uxorem ſuam tractare perrexerit uti petitæ ſeparationi non videbatur deferendum.

At his non attentis ſeparationi locum eſſe reſpondimus octavo Auguſti anno 1614.

Attendimus *primò*, quod poſt deſponſationem imprægnatio fuerit ſubſecuta; Jam verò propter fornicationem, ſubſequentem, poſt deſponſationem, divortium & ſeparationem fieri, textus eſt ad literam *in cap. 25. extr. de jurejurand.* ubi Innocentius Tertius, quemadmodũ, inquit, ſi vir mulieri juraſſet, quando contraxit cum illa, quod eam ſemper pro legitima uxore teneret, pro fornicatione, quam mulier antea commiſiſſet, non poſſet eam dimittere, ſed pro fornicatione, quam poſtea perpetraret, eam dimittere poſſet, non obſtante hujuſmodi iuramento, quoniam in eo, talis erat ſubintelligenda conditio, ſi videlicet illa in legem conjugii non peccaret: ita ſi quis juraverit, ſe ducturum aliquam in uxorem, non poteſt ei fornicationem opponere præcedentem, ſed ſubſequentem, ut illam non ducat in conjugem, quia in illo juramento talis debet conditio ſubintelligi, ſi videlicet illa contra regulam deſponſationis non venerit.

Hactenus Papa Innocentius Tertius, ubi cum dicatur, quod vir, qui mulieri, quando contraxit cum illa, juratò promiſerat velle ſe illam ſemper pro legitima uxore tenere, nihilominus propter fornicationem ſubſequentem, uxorem quam duxit, dimittere poſſit, itemque ſi quis juraſſet, ſe deducturum aliquam in uxorem propter fornicationem ſubſecutam cogi nequeat, ut illam ducat in conjugem, multo magis idem dicendum, & judicandum, de caſu propoſito, ubi ſine juramento fides matrimonialis ſponſæ data fuit.

Deinde propter fornicationem & adulterium conjugis matrimonium

monium diſſolvi, & divortium fieri poſſe, juris eſt indubitati; *de jure divino* textus eſt, *apud Matth. cap. 5. verſic. 32. & cap. 19. verſicul. 9.* de *jure Canonico* textus ſunt *in cap. ſignificaſti, extr. de divort. cap. diſcretionem, verſic. nam etſi, extr. de eo qui cognov. conſang. uxor. ſuæ, cap. ſecundo, cauſ. 32. quæſt. prima, capit. 3. capit. 4. dict. cauſ. 32. quæſt. 7. capit. 3. in fin. cauſ. 35. quæſt. 1. & 2.* de jure civili textus eſt *in l. conſenſu 8. Cod. de repud. Nov. 22. cap. 15. Novell. 117. cap. 8.* Jam verò, in ſponſa etiam adulterium committi, oſtendimus ſupra *ex l. 13. §. 3. & 8. ad leg. Iul. de adult. l. 7. C. eod.* maxime vero, ſi ſponſa ſit de præſenti, qualis fuit ea de qua agimus; ſiquidem ſponſa de præſenti, pro vera uxore habetur, quantumvis carnaliter cognita non ſit *Matth. 1. verſic. 20. Deuteron. 22. verſic. 23. cap. 2. c. 3. c. 6. c. 9. c. 12. c. 14. c. 15. cauſ. 27. quæſt. 2. quibus concord. l. 15. in fin ff. de condītionib. & demonſtrat. l. 32. §. 13. de donationib. int. vir. & uxor.*

Tertiò, non parum confirmatur ſuperius noſtrum Reſponſum per text. *Deuteron. 22. verſic. 23.* ubi ſi alteri deſponſata, ſtuprum paſſa ſit volens, lapidibus obrui jubetur; multo igitur magis ut adultera repudiari poterit, per ea quæ dicemus pluribus infra.

Quartò, extat in terminis terminantibus, ut cum practicis loquimur, deciſio Imperatoris Leonis, quæ habetur *Novell. 93.* ubi ſancitur, divortium omnino concedendum eſſe, ſi ſponſa ex alio gravida deprehendatur; *cui ne opponas*, quod Novellæ Leonis nõ ſint Authenticæ, nec in Imperio receptæ; ſciendum Leonis Novellas, attẽdi, & autoritatẽ illis tribui, in caſibus, ubi vel nihil expreſsè jure Juſtin. eſt cautũ, ſicq; juri conſtituto non adverſantur, vel quando ſive jus conſtitutum confirmant, pro ut hic fit; habetq; modo dicta Imperatoris Leonis conſtitutio, cauſas decidendi graves & prægnãtes, propter quas non immerito attendi debebit; Nihil magis, (inquit *Leo Imperator*) matrimonio adverſatur, quam ſi ab alio ſit cognita ſponſa; quomodo enim verba ſponſalia ſunt, in quibus nihil verum, neque genuinum conſpicitur? ubi meretricium ſe offert ſcelus, ubi cauſæ ſunt diſſidiorum, & odii, ubi animorum alienatio, quomodo ibi matrimonialis cõcordia, quomodo purus ſpõſaliſque

eſt amor? nec ratio patitur, ut quiſquam alterius fœtum ſibi ſubjiciat, neque juſtum eſt, ut qui ſpe honeſtæ caſti matrimonii, oblectationis, ſponſam in domicilium ſuum recipere conſtituit, ſi illa matrimonii legibus inſultet, & cum aliis laſciviendo oblectationis ſpem evanidam ipſi reddat, in meretricia illa levitate ipſa agnoſcere debeat; *hac Leo.* Cujus conſtitutionis rationes cum ſint valde graves, & ad illuſtrandam deciſionem noſtram apprimè faciant, ipſa verba recenſere libuit.

Quintò facit, quod matrimonium hujuſmodi, malum ſortiretur exitum, ſi maritus cogatur ex alio gravidam retinere. Sane fœlices nonnunquam habere ſolent exitus, matrimonia coacta; at in caſu noſtro, ubi ex cauſa impregnationis ſeparatio petitur, tale quid ſperare non licebit, cauſæ aliæ, ob quas quis quandoque fidem datam retractare nititur, non ſunt permanentes, & facile ſanabiles, indeque fit, ut coacta matrimonia quandoque fœlicem ſortiantur exitum; at cauſa læſæ pudicitiæ ſemper refricatur, quoties in cōſpectum mariti venit uxor, indeque maritus ad omnia mala, quo à tali poſſet liberari, induceretur.

Sextò, pro hac ſententia ſtant Autoritates Theologorum; *Lutheri* in libello de cauſis matrimonialibus, *Bezæ* in tractatu de divortiis, *Philippi Melanchthonis* in Epiſtola ad Pfeffingerum Theologum Lipſenſem anno 1530. miſſa, aliorumque tum, Catholicorum tum proteſtantium.

Deniquè ſententiam hanc noſtram uſus fori comprobat. Ita n. in conſiſtoriis Eccleſiaſticis, & Dicaſteriis, obſervari, teſtantur Autores modò relati, & ex ipſis rerum documentis animadvertimus. Videamus rationes dubitandi ſuperius in contrarium adductas, cum non ſufficiat ſententiam ſuam confirmaſſe, niſi & contrariis occurrere ſciamus.

Generales rationes quod attinet, nihil omnino deciſioni caſus propoſiti officiunt; ſiquidem ſermo nobis eſt, de ſponſa quæ poſt deſponſationem corrupta & impregnata fuit; talem jure etiā Canonico repudiari poſſe text. eſt ad literam *in c. quemadmodum 25. extra.*

tra de jurejur. cujus verba ſuperius recenſuimus; At quod *ex c. unic. cauſ. 29. quæſt. 1.* afferebatur, pertinet ad caſum, ubi ante deſponſationem mulier corrupta vel imprægnata fuit; quo de caſu nos non agimus ut dixi, de caſu, ubi poſt deſponſationem, ſponſa ab alio corrupta, & imprægnata fuit.

Nec refert, quod fœmina, qua de agimus, ante epulas ſponſalitias, & ante publicam deſponſationem, in præſentia parentum, cognatorum, & amicorum, factam, cum ſervo coierit, & ab ipſo imprægnata fuerit; Cum enim maritus viduam, à qua ſeparari petit, ſibi ante imprægnationem purè deſponſarit, adhibito parentum, propinquorum, & Amicorum conſenſu, datiſque in ſignum & teſtimonium deſponſationis factæ, arrhis ſponſalitiis, utique ſponſalia, & quidem de præſenti, contracta fuiſſe negari non poteſt; quod verò epularum datio, & ſolennis deſponſatio ad certum tempus dilata fuit, mutuo utriuſque conſenſu factum fuit, quia ſponſus ſuo cum hero, cui pro Amanuenſitum temporis inſerviebat, domum proficiſci tenebatur; nec publica deſponſatio ad conſtituendum matrimonium requiritur, in caſu præſenti eum in finem adhibita fuit, ſed ut conſtitutum innoteſcat, & ne ſi fortè ab una, alterave parte, negari velit promiſſio, de probatione multum ſit laborandū; qua de cauſa etiam epulæ ſponſalitiæ dari ſolent, & in propoſito caſu datæ fuerunt, in ſignum videlicet, & argumentum factæ deſponſationis.

Poſito, priorem illam conventionem, inter viduam & juvenem, quæ fuit inita, pro nudo tractatu habendam, nec in contractum iviſſe, nihilo tamen minus ſeparationi locus foret; ſiquidem eo etiam in caſu, quando corruptio deſponſationē anteceſſit, divortium omninò concedendum eſſe ſi pars læſa reconciliationem admittere nolit, tenent *Lutherus, Beza, Melanchthon & alii ex Theologis:* quæ ſententia probatur *primò* per text. *Deuteronom. 22. verſic. 13. cum ſeq.* ubi præterquam quod maritus poſſit repudiare mulierem ab alio compreſſam, pœna etiam mulieri imponitur, & lapidibus obrui jubetur.

Reſpon:

Reſpondere conatur Weſenbec *primò*, quod leges Moſaicæ forenſes nos non obligent, nec dura illa lapidationis pœna à Chriſtianis ſit recepta ; *Deinde* non ſequi, ut ſi mors non imponatur, divortium tamen concedi debeat, cum & homicida capite ſit plectẽdus, nec tamen, ſi forſan gratiâ principis pœna illi remittitur, conjugium ſolvatur *§. deportatio, Nov. 22. de nupt. l. ſed ſi ſ. de bon. damnat.* at non ſatis ſufficienter : Etſi enim leges Moiſis forenſes ad noſtras politias nihil attinent, inde tamen perſpicitur, quænam Dei in hoc caſu ſit voluntes, quam dum ſequitur Judex: conſcientiam ſuam obfirmat.

Deinde ſi forſan lapidationis pœna *Deuteronom. 22.* remiſſa fuiſſet : nihilominus divortium ſubſecutum fuiſſe, ipſe verborum contextus arguit : Si quis (*inquit textus*) uxorem duxerit, & poſtea odio habuerit eam, quæſieritque occaſiones, quibus dimittat eam, objiciens ei nomen peſſimum, & dixerit, uxorem hanc accepi, & ingreſſus ad eam non juveni virginem : tollent eam pater & mater ejus, & ferent ſecum ſigna virginitatis ejus ad ſeniores urbis, qui in porta ſunt: & dicet pater filiam meam dedi huic uxorem quã quia odit imponit ei nomen peſſimum, ut dicat, non inveni filiam tuam virginem, & ecce hæc ſunt ſigna virginitatis filiæ meæ: Expanderit veſtimentum coram ſenioribus civitatis, apprehendensque ſenes urbis illius virum, & verberabunt illum, condemnantes inſuper cẽtum ſic lis argenti, quos dabit patri puellæ, quoniam diffamavit nomen peſſimum ſuper virginem Iſrael, habebitq; eam uxorem, & nõ poterit dimittere eam omnibus diebus vitæ ſuæ: quod ſi verum eſt, quod objicit, & non eſt in puella inventa virginitas, ejicient eam extra fores domus patris ſui, & lapidibus obruent viri civitatis illius, & morietur, quoniam fecit nefas in Iſrael ut fornicaretur in domo patris ſui, & auferes malum de medio tui.

Hactenus verba textus: ubi ex ſcopo legislatoris, & quæſtione propoſita, patet, divortium nihilominus concedendum fuiſſe, licet mortis pœna remiſſa fuiſſet : agitur quippe de eo, qui uxorẽ, quam duxerat, odio habere cœpit, & illam à ſe dimittere conſtituit, prætenden-

tendendo, quod ipſam non invenerit virginem; & cum quæreretur, quid juris, decidendo reſponſum; aut falſa vir protulit, aut vera ſunt quæ objecit uxori, ſi falſa ſunt, quæ uxori objecit, pœnâ conſtitutâ plectitur, & uxorem retinere jubetur, nec à ſe dimittere poterit, *verſic.19.* At ſi vera ſunt quæ objecit, nec in puella inventa eſt virginitas, mortis pœna plectitur puella, quæ ſe pro virgine ſubſtituerat, & conſequenter maritus ab ipſa liberatur, & hanc eſſe mentem legislatoris arguitur *ex verſ.19* ubi cum jubeatur maritus uxorem retinere, nec permittatur illam dimittere, ſi falsò conqueſtus ſit, de defloratione puellæ, inde à cõtrario ſequitur, quod illam non teneatur retinere, ſed dimittere poſſit, ſi vera ſint ea, quæ detulit, & puella non ſit inventa virgo, quippe cum potiſſimum ibi quæratur de dimiſſione uxoris.

Nec obſtat, quod ſi homicidis pœna capitis remittatur, conjugium non ſolvatur; *longè* enim alia ſcortationis & adulterii, quàm reliquorum delictorum eſt ratio, ut quæ non impingunt in ipſum matrimonium, nec conjugem lædunt; ideoque etſi pœna adulterii adultero remittitur, nihilominus tamẽ divortium ſequitur, ſi pars innocẽs petat, quippe cui facta ſit injuria; Adde, quod Divortii cauſa in ſacris literis conſtituatur Adulterium, furtum verò, homicidium, aut alia delicta non ſtatuantur.

Secundum opinionis noſtræ fundamentum ſumitur, ex Matth. *cap.1.verſic.18.* Cum, inquit textus, Maria deſponſata eſſet Joſepho, antequam convenirent, inventa eſt gravida, in utero habens de ſpitu ſancto: Joſeph autem vir ejus, cum eſſet juſtus, & nollet eam traducere, voluit occultè dimittere eam, &c. *quibus verbis* innuitur, Joſephum permiſſu legis Moſaicæ potuiſſe repudiare Mariam, ſed tamen ob ſingularem amorem, & condolentiam, jure ſuo uti noluiſſe, pro ut & *Lutherus* in gloſſemate ad illum textum notavit. *Diſſentiens Weſenbec.* reſpondet, exemplum Joſephi præjudicium non facere, quia ſcilicet non exemplis, ſed legibus ſit judicandum, *juxt. l. nemo 13. Cod. de ſentent. deinde* quia hîc non quæratur de facto, ſed de jure, & multa de facto fiant, quæ jure non probentur; *tum*

quia tempore Joſephi ſteterit adhuc politia Moſaica, ut ita ejus jure ubi potuerit, & quandam ἐπιείκειαν adhibere;

At illi regerendum, quod non ſolo nitamur exemplo, ſed etiam legibus & juſtis rationibus; deinde piè ſequimur exempla piorum virorum, maximè, ſi teſtimonium ſcripturæ ipſis aſſiſtat, prout in noſtro caſu exemplum Joſephi per Matthæum inſtinctu Spiritus ſancti commendatur; præterea, quærimus quidem de jure, at illius explicatio non incommoda ſumitur, ex factorum contingentia, maximè ſi facta cum juribus, & rationibus, conveniant, prout in facto Joſephi contingit; adhæc cum laudetur Joſephus ob ἐπιείκειαν adhibitam, eo ipſo ſignificatur, ipſo jure licitum ei fuiſſe Mariam repudiare; laus enim ex eo nulla eſſet, quod quis facere teneretur; denique etſi tum temporis politia Moſaica adhuc ſteterit, illius tamen leges conſcientias hominum obfirmant, & ſi illas judicando ſequamur ſecuri & tuti erimus in conſcientia.

Sequitur *tertium* ſuperioris noſtræ ſententiæ argumentum ab errore deſumptum; Si contrahens erravit in qualitate rei, eamque rem comparavit, quam, ſi ejus qualitatem ſciviſſet, non emiſſet, Actione ex empto agitur ad reſolvendum contractum; quæ eſt propoſitio Ulpiani *in leg. ex empto 11. §. 5. de actionib. empt.* ubi Ulpianus, ſi quis, inquit, virginem ſe emere putaſſet, cum mulier fuiſſet, & ſciens errare eum venditori paſſus ſit, ex empto competit actio, ad reſolvendam emptionem, & precio reſtituto mulier reddatur; ubi quod de emptione ancillæ dicitur, juſta ratione ad uxorem, & contractum cum ea initum extenditur, cum & ibi vir ignorans ſibi aſſociarit mulierem, tanquam virginem, ipſa muliere bene ſciente & decipiente virum, qui ſi qualitatem & vitium mulieris ſciviſſet, ſine dubio ab ea abſtinuiſſet; quare ob identitatem rationis actio ad reſolvendum contractum dabitur;

Sanè ab emptione ad matrimonium non rectè argui, putat *Weſenbec.* eo quod matrimoniorum eadem ſit ratio, quæ libertatis, aliarumque cauſarum ſpiritualium, quæ ſi ſemel perfecta ſunt, retractari

ctari nequeunt §. 6. *Inſtitut qui & ex quib. cauſ.* ubi libertas ſemel data non retractatur, ſive ex vera ſive ex falſa cauſa, ſit data; *at* noverit, matrimonium, non in omnibus libertati, aliiſque cauſis ſpiritualibus æquiparari; nec ratio patitur, ut quod *in adducta leg. 11.* de emptione ancillæ dicitur, id in contractu ſocietatis conjugalis & aſſociatione uxoris aliter ſe habeat; ſi enim in emptione viliſſimæ ancillæ hoc permiſſum eſt, ut, propter errorem, à contractu recedere liceat emptori, multo magis in contractu matrimonii id obtinebit, cum rem emptam revendere liceret, uxorem verò non item, & minor ſit jactura in emptione rerum, quam in aſſociatione mulieris.

Quartò ad ſententiæ noſtræ confirmationem facit conſideratio doli. Dolo interveniente, contractus vel ipſo jure nullus exiſtit, vel actione, & exceptione doli, reſcinditur *d l. 11. §. 5. de actionib. empt. l. 13 §. ſi venditor, & § ſi quis colludente, eod l. 7. l. 9 & tot. tit. de dol mal l. 16. § 1. de minorib l 5. C. ex quib cauſ. maior l. 3. § fin. l. 80 pro ſoc. l 5 C. de inutilib ſtipulat. l. 1. C. commun. utii judic. l. 36 de verb obligat. l 5. Cod. de reſcind. vendit leg 12. §. 1. de jur. dot l. 35. de pact. l. 84. §. qui ſervum, de legat. 1.*

Diſſentiens Weſenbec. reſpondet, in caſu propoſito non ſubeſſe dolum, qui det cauſam contractui, ſed eſſe tantùm dolum incidentem, cujuſmodi dolus contractum non vitiet; *at* illi regerendum, ſi dolus, quando quis ſciens mulierem pro virgine vendit, emptionem vitiat, pro ut, *in d. l. 11. §. 5. de actionib. empt.* vitiare dicitur, cur non etiam dolus, quando puella ſe pro virgine duci patitur, cum mulier eſſet, matrimonium vitiaret, immo major pro hoc, quam pro illo caſu, militat ratio; deinde, etſi dolus incidens contractum non vitiet ipſo jure, pro ut facit dolus, dans cauſam contractui bonæ fidei *dict. leg. 7. de dol. mal. leg. 16. §. 1. de minoribus, leg. 3. § fin. pro ſoc. leg. 5. de inutilibus ſtipulat. leg. 36. de verbor. obligat.* datur tamen inde actio ad reſcindendum contractum *dict leg. 11. §. 5. l. 13. §. 4 §. 27. de actionib. empt. l. 12. §. 1. de jur. dot. l. 5. C. de reſcinden. vendit. cum ſimilibus ſuprà adductis*; *æquè* non obſtat, quod Weſenbec. in cauſis ſpiritualibus, cujuſmodi etiam eſt matrimo-

nium, ex cauſa doli, conventionem annihilari negat, adducens ad id textum *in c. tua nos 26. extr. de Sponſalib.* ſiquidem dolum doloſè agenti prodeſſe non debere, patet ex ſummario *dict. cap. 26.* & notant Canoniſtæ ad illum text.

Quinto facit Novella Leonis 93. ubi repudium ſponſo conceditur, eo quod ſponſa ex alio gravida ſit facta, ſive poſt ſive ante desponſationem imprægnata fuiſſet; idemque ex mente conſtituentis de ea etiam ſtatui debere, quæ non imprægnata, ſed ſimpliciter ſtuprata fuit arguunt rationes generales, quas *in fin. d. Nov 93.* ſubjicit, ut quæ tam ſtupratæ, quā imprægnatæ conveniunt. *Nec obſtat*, quod Novellæ Leonis non ſint de corpore juris Juſtinianei, nec etiam in Imperio receptæ; *per* ea quæ diximus ſupra.

Sextò facit, quod matrimonium hujuſmodi, malum ſortiretur exitum, ſi ſponſus cogatur ab alio corruptam ducere, utcunque ante deſponſationem corrupta fuiſſet; *Nec obſtat*, quod Weſenbecius ait, nō ex eventu, ſed ex jure cauſas decidi debere, quia aliàs ob metum triſtium evētuum nullus cogi poſſet, matrimonii fidem ſemel datam adimplere; inſuper & experientiam docere, quod hujuſmodi matrimonia fœlices ſępiſſimè habuerint exitus: *nō obſtat inquam*, per ea, quę diximus ſupra, circa quintam decidendi rationem caſus propoſiti.

Septimo, non illam tantum, quæ poſt deſponſationem ſe imprægnari ſivit, ſed & quæ antè, ſtuprum paſſa fuit, licitè repudiari, tenent Lutherus, Melanchthon, Beza, & alii Theologorum proteſtantium, quamvis non diffiteantur, omnem tentandam eſſe viam, quo ad reconciliationem perveniri poſſit.

Denique ſententiam hanc noſtram, dum ſtatuimus, etiam ante ſponſalia defloratam repudiari poſſe, uſus fori comprobat: ita enim in conſiſtoriis Eccleſiaſticis, & Dicaſteriis, obſervari, teſtantur Autores modo relati, quibus adde Joachimum Beuſt. *in tract. de matrimon. part. 2. c. 24.*

Nec obſtant, quæ pro ſtabilienda Canoniſtārum ſententia ſuperius adducebantur. Prætendebatur *primò* accidentis & qualitatis errorem

rem eſſe, ſi quis duxit corruptam, vel meretricem, quam virginem, vel caſtam eſſe putavit, hujuſmodi autem errore non excludi conſenſum, nec contractum vitiari, pro ut *in c.un.cauſ.29.quæſt.1.* pro regula ponitur, & aliquot exemplis declaratur, veluti ſi quis emiſſet agrum ſterilem, quem putavit eſſe fertilem, ſi quis duxiſſet pauperem, quàm divitem, ignobilem, quàm nobilem exiſtimabat; *At reſpondendum*, non eſſe errorem merè accidentalem, & ſimplicis qualitatis, ſi quis ignorans ducat corruptam pro virgine, ſed impingere in ipſam matrimonii ſubſtantiam, nihil quippe magis matrimonio adverſatur, quam ſi ab alio ſit cognita ſponſa; quomodo enim vera ſponſalia ſunt, in quibus nihil verum neque genuinum conſpicitur? quomodo purus maritaliſque ibi erit amor? inquit Leo Imperator *in Nov.93.* Nec quid habent ſimilitudinis, cum caſu præſenti, exempla adducta, adeoque committitur elenchus non ſimilium, ut ſimilium, *ſiquidem* longè à ſe diſtant, dum puto me emere agrum fertilem, qui eſt ſterilis, & cum puto me ducere virginem, quæ tamen virum paſſa eſt; levior eſt jactura, quam quis illîc, ac quam quis hîc patitur, cum agrum revendere liceret, uxorem non item: *eadem* eſt ratio reliquorum exemplorum, ideoque ſeparata cum ſint, nihil firmi inde infertur, *l.20.de minorib.*

Rectius exemplum caſus propoſiti confertur cum eo, qui ignorans ancillam pro libera duxit, cujuſmodi error matrimonium vitiat *c.2.c.ult.extr.de conjug ſervor.cap 4.c.6.cauſ.29.quæſt.2.l.3.C.de inceſt. nupt.l.3.ſolut matrim Nov.22.c.10.*

Arguebant *ſecundò*; à ſponſo ad ſponſam, Et quia ſponſus ex cauſa amiſſi pudoris repudiari nequit, utique nec ſponſam repudiari poſſe inferebant, cum quod obtinet in uno correlativorum, idem etiam in altero obtinere debeat, *At ſciendum*, tum demum à Relato ad correlativum inferri poſſe, ſi eadem in utroque ſit ratio; ſecus ſi ratio ſit diverſa, tum enim argumentum à correlativis ſumptum fallit: utpote, in deſcendentibus jus repræſentationis locum habet, in aſcendentibus non item; ſic liberi in feudis ſuccedunt parentibus demortuis, non verò viciſſim parentes liberis defunctis, quia

nimirum non eadem in correlato, quæ in Relato exiſtit ratio; Sic & in caſu præſenti diverſa occurrit ratio, longe quippe fœdior eſt libido in fœmina, quam in mare; nec uſque adeò à puellis curatur, quod procus cum aliis conſueverit, pro ut mares horrent ducere vitiatam, adhæc ſemper marito metuendum foret, ne uxor ad priorem levitatem redeat, & marito inſcio alienum ſubſtituat partum, quod in viro timeri nequit.

Quod *tertiò* à labe animi vitiati ad vitia corporis inferri voluit, indeque concludi, quod quia maritus uxorem ob animi vitium dimittere nequit, utique nec ob vitium corporis, puta ob læſam pudicitiam, repudiare illam queat. *Neganda* eſt conſequentia; alioquin & ita inferre liceret, Maritus uxorem Atheam, & infidelem, repudiare non poteſt *1. Corin. 7.* Ergo nec adulteram repudiare poterit, cujuſmodi illatio abſurdiſſima foret.

Deinde vitium & labes animi non impingit in ipſam matrimonii ſubſtantiam, pro ut facit labes corporis, læſæque pudicitiæ macula, quippe cum conjugii proprium ſit, caſtitas; atque ita non majores, ſed longe minores quoad caſum præſentem exiſtunt animi vitiati labes, quam corporis, poſſuntque animi vitia facile corrigi, at pudicitia ſemel amiſſa reſtitui nequit, ſoletque ſcabies illa, ſi quam ſemel invaſit fœminam, ſine fine prurire, nec denique animi vitia, & qui iis laborant, adeo horremus, pro ut fœminas fornicantes, & pudicitiam proſtituentes, averſamur, & ut infames fugimus.

Quod *quartò* addebatur contractum non reſcindi, licet quis ignoraſſet conditionem perſonæ cum qua contraxit, quia inquirere debuiſſet, *id obtinet* in ejuſmodi conditionibus & qualitatibus, quæ inquiri poſſunt & debent, puta, ſitne, major, minor, pupillus, an ſervus, cum quo contrahimus: At quod attinet conditionem & qualificationem mulieris, quam quis ducere conſtituit, ſitne virgo, an corrupta, difficulter inquiri poteſt, cum ſine arbitris & teſtibus res illa peragatur, omneſque pro virgine habeant eam, quæ ſub habitu virgineo incedit, eſſetque abſurdum, & indecorum, in pudicitiam futuræ ſponſæ ſollicite inquirere, ſaperet inhoneſtatem, ſu-

ſpicio-

ſpicionemque læſæ pudicitiæ innueret, contra juris præſumptionem.

Ad *quintam* dubitandi rationem facilis eſt Reſponſio, *præterquam* n. quod propoſitio major argumēti adducti, nō ſit univerſaliter vera, uti conſtat *ex l. actus legitimi 77. de reg. jur.* & ibi notant Interpretes, ſciēdum, quod quando quis ducit puellam, quam virginem eſſe putat, non ſub conditione, *Si fuerit virgo*, eam ducat, ſed purè in eam conſentit, tanquam virginem, quare ſi virgo non ſit, quam ducere conſtituit, rectè ob defectum cenſenſus ſeparatio petitur.

Non majorem difficultatem habent, quæ *ſexta, ſeptima & octava* ratione dubitandi continentur, quomodo enim conjugium, quo meretrix pro virgine ducitur, rectè conſummatum cenſebitur? cum voluerit ſponſus caſtam & pudicam ſibi eligere ſociam, cum qua caſte & honeſtè vivere, ſeque oblectare poſſet, quæ ſi non contigit, illam certè electam noluit, uti eleganter diſſeritur *in Novel. 93.* Imperatoris Leonis cujus verba ſuperius retulimus. Et quomodo quietum cōjugium cenſebitur id à quo vir ob impudicam mulieris vitam, ſummo conatu, liberari petit? *Nec* à Deo ipſos conjunctos eſſe, ſtatui debebit, quippe cum Deus, ſpiritus ſit caſtus, & caſtitatis amans, minimeque probet, ut ſponſus, cùm caſta ſocia caſtè vivere conſtituens, ludificetur: contrariam ejus voluntatem oſtendit legiſlator Moyſes, *Deuteron. 22. verſic. 13. cum ſeqq.* ubi quæ pro virgine nupſit, cum non eſſet, lapidibus obrui jubetur. *Nec* etiam, quod dicebatur, occulta delicta non eſſe manifeſtanda, nobis quicquam obſtat, *cum* de occulto ſtupro non loquamur, ſed de manifeſto, puta dum mulier ex alio eſt gravida, aut notoriè aliis ſe ſubſtituit.

Quod *nono* aſſerebatur, per copulam omnes conjugiorum conditiones purificari, ac perinde haberi, ac ſi purè contractum ſit, in eo tantum caſu obtineret, quando copula intervenit, & illud tantum inde inferretur, quod poſt copulam repudiari non poſſit, quæ pro virgine nupſit, talis autem inventa non fuit, ad eam,

quæ

quæ nondum cognita fuit à ſponſo nihil pertinens: Deindè per copulam purificari non cenſebitur id, de quo quis veriſimiliter nō cogitavit, pro ut ſponſus nullatenus ſuſpicari potuit, aut debuit, ſponſam ſuam ab alio compreſſam fuiſſe.

Non plus obſtat *decima* dubitandi ratio, quâ dicebatur, quod quicquid benè geſtum eſt ſemel, ex alio eventu retractari non debeat. *argum. l. 3. de offic. prætor.* ſiquidē quæ à falſo magiſtratu geſta ſunt, (cujuſmodi caſus refertur in allegata *l. 3. de offic. prætor.*) illa ob bonum publicum ratihaberi, & ex benignitate ſuſtineri poſſunt & debent, ne ſcilicet jus redditum, cum multorum injuria, retractetur; at nulla ſuadet ratio, nec publica utilitas, ut ſponſus cogatur ducere, vel retinere devirginatam: immò jubet potius, & ſuadet publica utilitas, ut viro ſubveniatur, matrimonium reſcindatur, atque ita ejus conſcientiæ conſulatur, ne cogatur, vel planè aufugere, vel permoveatur inſidiari uxoris ſuæ vitæ, quippe cum experientia doceat, quod coacta matrimonia difficiles ſoleant habere exitus: nec ſperari poteſt reconciliatio, in caſu, ubi ex cauſa læſæ pudicitiæ ſeparatio petitur, teſtaturque experientia, viros plerunque ab uxoribus, quas coacti fuerunt ducere, aufugere, atque ita & ſe & uxores perdere.

Quod *undecimo* ex *l. 13. §. 6. & ult. ad leg. Iul. de adult.* afferebatur, ſtupri vel adulterii accuſari non poſſe eam, quæ poſt cōmiſſum ſtuprum ducta eſt, eo quod ſerò accuſet mores, quos uxorem ducendo maritus probavit, abſolutè verum non eſt: *obtinet* in eo tantum, qui ſcivit ſtuprum antea commiſſum fuiſſe, ut patet ex penult. & aliis ejuſdem legis, paragraphis, conſtabitque plenius ex his, quæ dicemus infra in refutatione ſpecialis dubitandi rationis, caſus propoſiti: *Deinde* quod dicitur, maritum non poſſe uxorem ſtupri vel adulterii accuſare, ſi ante contractum matrimonium, adulterium vel ſtuprum ſit commiſſum, diſtinguitur in ſponſa, hanc enim maritus accuſare poterit, ſi mulier eo tempore, cum ei fuit deſponſata, ſtuprum admiſit *d. l. 13. §. Divi Severus, & §. ſi minor, concord. l. propter 7. ibi niſi puella violata, ſponſa ejus fuerat, C. eod.* qui eſt caſus nobis propo-

propoſitus; *Preterea* etſi maritus *ex l. Iul. de adult. & ſtupr.* uxorem accuſare nequeat, ſi ante contractum matrimonium adulterium vel ſtuprum ſit commiſſum, ei tamen conſequens non eſt, quod propterea nec divortium peti poſſit, per ea quæ ſuperius ex jure divino, & civili, contra juris Canonici diſpoſitionem fusè diſputavimus.

Ad *l. alioqui 11. §. 1. de contrah. empt. duodecimo* allatam, reſpondendum, quod Ulpian. ait, Emptionem valere ſi ego me virginem emere putarem, cum eſſet jam mulier, eo quod in ſexu erratū non ſit, de ſummo, & ſtricto jure intelligendum venit, ipſo quippe jure emptio venditio valet, & ſubſiſtit; at agi poteſt ad reſciſſionem cōtractus, ſi contrahens erravit in qualitate rei, eamque rem comparavit, quam, ſi ejus qualitatem, ſciviſſet, non emiſſet, datâ eam in rem actione ex empto juxta *l. 11. §. 5. de actionib. empt.* ubi Ulpian. Si quis, inquit, virginem ſe emere putaſſet, cum mulier veniſſet, & ſciens errare eum venditor paſſus ſit, ex empto competit actio, ad reſolvendam emptionem, & precio reſtituto mulier reddatur; atque ita conjungenda erit objecta *l. alioqui 11. de contrahend.* cum *l. ex empto 11. §. 5. de actionib. empt.* & quod, in priori, parcius dicitur, ex poſteriori ſupplendum venit, maximè cum unus & idem utriuſque legis ſit Autor.

Quod *decimotertio*, de officio charitatis, & operibus miſericordiæ, adducitur, leve eſt, ſuaderi quidem id poteſt, at non imperari; & ſi quis ſciens volenſque meretricem ducere velit, prohiberi non debebit, quo errans fœmina in viam reducatur, pro ut & Theologi in caſu, præſenti, ubi deflorata pro virgine nupſit, omnem viam tentari ſuadent, quo ad reconciliationem perveniri poſſit.

Nec, uti *decimoquartò* objiciebatur, in caſu dubio verſamur; ſiquidem caſum, ubi quis corruptam, quam pro virgine duxerat, dimittere ſatagit, & jure, & rationibus evidentibus ſolidè decidi, ex ſupra adductis abundè conſtat; in facto, ſi fortè dubium incidat, nec certò conſtet, Num vitiata ſit, quam quis dimittere intendit, conquerens audiri non debebit.

Quod *deniq;* dicebatur, ſuperiorem Canoniſtarum ſententiam, à multis retro ſeculis conſuetudine confirmatam, & judicando obſervatam fuiſſe, erroneum eſt; ſiquidem contrariam ſententiam uſus fori comprobat, atque ita in conſiſtoriis eccleſiaſticis obſervari, teſtantur Lutherus, Melanchthon, Beza & alii, locis ſuprà citatis, & ex ipſis rerum documentis conſtat.

Atque ita evicimus, eo etiam in caſu, quando corruptio deſpõſationem anteceſſit, divortium omninò concedendum eſſe; *id quod* neceſſe fuit inquirere & oſtendere, quia in dubium vocari voluit, Num verſemur in caſu, quo poſt deſponſationem impraegnatio fuerit, ſubſecuta, eo quod uxor, cujus divortiũ petebatur, ante epulas ſponſalitias, & antequam publicè, in præſentia parentũ, propinquorum, Amicorum, aliorumque eam ad rem invitatorum hoſpitum, deſponſata fuit, cum ſervo ſuo domeſtico conſueverit, ac ab illo ſe impraegnari ſiverit; *quanquam*, ſi facti circumſtantias rectè intueamur, omninò dicendum ſit, prout & ſupra non ſemel monuimus, in caſu propoſito non ante, ſed poſt deſponſationem, fornicationem commiſſam fuiſſe, nec quæ epulas ſponſalitias, publicaque ſponſalia, anteceſſit conventio contrahentium pro nudo tractatu haberi poſſe, ſed pro contractu puro, perfectoque omnino habenda eſſe, proindeque fœminam, qua de agimus, ſponſam de præſenti, adeoque veram uxorem, ab eo tempore extitiſſe, quod primum inter ſe de matrimonio convenerunt vidua & procus ipſius; ſiquidem ante impraegnationem purè & ſine ulla aliqua conditione, quæ ad ſubſtantiam rei pertinuit, ſibi viduam procus deſponſarat, adhibito, parentum, propinquorum, & Amicorum, conſenſu, datiſque in ſignum & teſtimonium deſponſationis factæ, arrhis ſponſalitiis, quæ utique ſunt ſponſalia de præſenti, adeoque verum matrimonium; cum nuptias ſola maritalis affectio efficiat, nec deſideretur, vel epularum datio, vel ſolennis in templum, domumque deductio, monente Ulpiano *in l. 15. circa fin. de conditionib. & demonſtrat. & in l. 32. §. 13. de donationib. inter vir. & uxor.*

Sanè dilata fuit, mutuo utriuſque contrahentis conſenſu, epu-

pularum

pularum datio, & publica deſponſatio, ad conventum terminum, *at* nihil inde deceſſit contractui, inter ipſos contrahentes, purè celebrato; nec dilatio deliberandi cauſa fuit facta, ſed quia ſponſus ſuo cum hero, cui pro Amanuenſi tum temporis inſerviebat, domũ proficiſci tenebatur: nec enim, ut & antea diximus, publica deſponſatio, ad conſtituendum matrimonium, requiritur, ſed, ut conſtitutum innoteſcat, & ne, ſi forte ab una, alterave parte negari velit, de probatione multum ſit laborandum, ejuſve inopia incidat; qua de cauſa etiam, epulæ ſponſalitiæ dari ſolent, in ſignum videlicet & argumentum factæ deſponſationis; ſuntq; epularum datio, & publica deſponſatio, non de ſubſtantia matrimonii, ſed ſunt adjuncta, non neceſſaria, quæ poſſunt adeſſe, vel abeſſe, ſine ulla ipſius rei deminutionem. *Et hæc de generalibus dubitandi rationibus*, pertinentibus ad quæſtionum univerſalem, An qui ex alio gravidam, vel vitiatam duxit, quam virginem, vel caſtam eſſe, putavit, retinere teneatur. *Reſtat ratio ſpecialis*, propter quam in propoſita facti ſpecie, à marito, petita ſeparatio deneganda videbatur, ex circũſtantiis facti deſumpta; Cum n. poſteaquam ipſi innotuit, uxore cum ſervo conſueviſſe, & ab ipſo imprægnatam fuiſſe, nihilominus matrimonialiter cum illa vivere, lectiq; conjugalis debita perſolvere perrexerit, utiq; priorem offenſam remiſiſſe videtur, nec proinde ad accuſationem admittendus, cum ſerò accuſet mores mulieris, quos ſemel approbavit, per text. *circa inductionem ſpecialis hujus rationis dubitandi adductos*. Sanè, non parum marito ſeparationem, ex cauſa commiſſæ fornicationis, peterẽti adducta dubitandi ratio obſtare videbatur, quo minus petitioni ipſius ſit deferendum; quippe fatetur ipſemet, quod paulo poſt celebratas nuptias, uterus novæ nuptæ, inſolenter, & cõtra morem recens nuptarum, intumeſcere inceperit; unde haud dubiam præcedentis concubitus conjucturã ſumere potuit cõfirmavit præſumptionem illam, ex præmaturo uteri tumore, ortã, inſolẽs, & per quam ſuſpecta oratio, dum in præſentia ipſius mariti, in impia hæc prorupuit verba, velle ſe ut quem primo edat infantem, diabolus exiſtat; quæ certè non ſunt voces, uxorum legitimum & ex

marito conceptum partum geſtantium; acceſſit tertio, quod, dum inſtitit apud ipſam, ut ſecum cœnâ Domini uteretur, illud renuerit, aſſerens, timere ſe ut bonâ conſcientiâ eò eat, quæ utique malæ conſcientiæ nota eſt inſignis; Et denique quod proprio eduxerit ore, & apertè confeſſa fuerit, ipſi marito quærenti, cum ſervo acta geſta, cui uxoris confeſſioni merito plena fides haberi debuiſſet, conſideratis, quæ illam præceſſerant, Actibus & circumſtantiis. Quod omne, cum neglexerit maritus,& quam ex alio gravidam cognoverat, ut uxorem ſuam tractare, lectique conjugalis debita perſolvere perrexerit, utque petitioni ipſius nō videbitur deferendum, nec divortium concedendum.

Cæterum ex adverſo attendebamus, *primò* quod, quando cum ſervo acta geſta uxor marito aperuit, vacillarit; *deinde*, quod factæ confeſſionis tempore temulenta extiterit; *tum*, quod die ſequenti confeſſionem pridiè factam revocarit, omniaque pernegarit. Unde maritus dubius fuit redditus, & defectu mentis uxorem laborare præſumpſit, prout & alias in meliorem partem, maximè inter conjuges, præſumi debet, qua de cauſa etiam, animæ remedium quærens, apud ipſam inſtitit, ut ad Domini cœnam ſecum eat, cogitans hocce medio humores Melancholicos corrigi & emendari poſſe;

Sanè ſi, poſteaquam ipſi certò & indubitanter conſtitit, uxorem cum ſervo, carnaliter conſueviſſe & ab ipſo imprægnatam fuiſſe, nihilominus matrimonialiter cum illa vivere, lectique conjugalis debita perſolvere perrexiſſet, utique priorem offenſam condonaſſe, jurique ſuo renunciaſſe videri poſſet; atqui ex præmiſſa Facti narratione, liquet, quod poſteaquam uxor extra domum, apud alios quoque, cum ſervo habitam commixtionem carnalem revelavit & præmeditatè confeſſa fuit, maritus omni dehinc converſatione conjugali abſtinuerit, domo exierit, & ad ſuos ſe receperit; Unde, quod ex *l. 13. §. fin. l. quæſitum 40. ad leg. de adulter. l. crimen 11. C. eod. l. cum mulier 47 ff. ſolut. matrimon. quemadm. dos petat.* afferebatur ad caſum propoſitum non pertinet; ſiquidem, leges adductæ loquuntur de ſciente; dum quis ſciens ſtupratam duxit, ſciens adulteram.

teram in matrimonio retinuit, ſciens uxorem, poſt crimen adulterii intentatum reduxit, ibi verum eſt, quod ſerò accuſet mores mulieris, quos quis ſemel approbavit; ad ignorantem extendi nequeunt, quippe nemo cenſeri poteſt, ignorata approbaſſe, cum approbatio ſit animi, nihil autẽ, ſecundum Philoſophos, in animo, quod non prius fuerit in ſenſu, & cujus notitiam, quis, ex viſu, auditu, vel quo alio ſenſu, perceperit.

Atque ita manet, pro ſeparatione & divortio in caſu propoſito rectè Reſponſum fuiſſe.

DECISIO DECIMA SEXTA.

De Paſquillis. & libellis famoſis. An capitalis famoſi libelli pœna in l. un. C. de famoſis libell. & artic. 110. ordinationis criminalis in Autores & propalatores conſtituta, illis quoque imponenda veniat, qui nomen ſuum ſubſcribunt, ſeque autores profitentur?

GRAVISSIMUM eſſe Paſquillorum, & Famoſorum libellorum crimen, ex Imperii conſtitutionibus, & pœnis illi impoſitis, luculenter conſtat, nec vir probus negabit, licet maledici homines leve illud putent, & nimium illi hodiè indulgeant, uti graviter de hoc conqueritur Oldendorp. *in l. diffamari, C. de ingen. manum. num. 5.* Weſenbec. *ad tit. Cod de ſeditioſis & de his qui plebem contra Rempublic. audent colligere*, & poſt illos Petrus Heigius *lib. 2. quæſtion. jur. quæſtion. 31. num. 1.*

De pœna, libelli famoſi, extat conſtitutio *in l. un. C. de famoſ. libell.* in ordinat. criminali Caroli V *artic. 110* & in decretis comitiorum Imperialium *de anno 1524. 1530. 1541. 1548. 1567. 1577.* quibus capitaliter ſcelus hoc vindicari jubetur, & capite punitur, qui libellum famoſum conſcripſit, propalavit, ſparſit, quive inventum non corrupit ſed vim & contenta ejus aliis manifeſtavit, jure Pontificio

municatur *c. 1. c. 2. c. 3. cauſa 5. quæſt. 1. ubi Canoniſtæ.* Clar. *lib. 5. ſenten. §. fin. quæſt. 68. §. 25.* Menoch *de arbitrar. judic. q. lib. 2. cent. 3. caſ. 263 n. 35.* Solent tamen, quandoque famoſorum carminum & paſquillorum autores, nomen ſuum profiteri, & ſubſcribere; de quibus quid ſit judicandum, & quâ pœna plectendi veniant, videndum. *Sanè* injuriarum actione ab injuriato illos conveniri poſſe, caret dubio, *§ 1. Inſtit. de injur. l. 5. §. ſi quis ff eod.* ubi inter cauſas, ex quibus injuriarum actio competit, refertur & illa, ſi quis libellum, carmen, aut hiſtoriam, ad alicujus infamiam ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, malo fecerit, quo quid eorum fieret.

At num talis ſcriptura, pro famoſo libello ſit habenda, ita ut rigida illa famoſi libelli pœna, quæ *in l. unic. C. de fam. ſ libell. & in conſtitut. crimin. Caroli V. art. 110 conſtituta fuit,* illis quoque imponenda veniat, qui nomen ſuum ſubſcribunt, ſeque autores profitentur, controvertitur.

Scriptutam hujuſmodi, famoſum libellum judicari, adeoque ſuperiorem pœnam locum habere, etiamſi nomen ſubſcriptum ſit, nec autor nomen ſuum diſſimulaſſet tenet Weſenbec. *in paratitl. ff. ad tit. de injur. & famoſ. libell. n. 19.* Damhaudt *in prax. crimin. cap. 138. n. 3.* Bocer. *diſputat. juridicarum claſſ. 3. diſputat. 4. de injuriis theſ. 35.* Harprecht. *in comment. ad tit. Inſtit. de injur. §. 1. n. 151.* & noviſſimè Petrus Heigius *quæſt juris lib. 2 qu. 31. n. 22. cum ſeqq.*

Et ne nullum alias cenſeatur eſſe diſcrimen, inter famoſum libellum, & aliam injuriam, ſcripto comprehēſam, reſpōdet Weſenbec. *d. loc.* & poſt eum P. Heigius *d. quæſt. 31. nu. 14.* famoſum libellum eſſe, quo ſpeciale, & certum crimen, puta adulterii, homicidii, furti, &c. alicui infamandi cauſa, objicitur, at ſi quis abſque infamiæ nota contumelioſè per ſcripturam contemnatur, puta quod ſit luſcus, claudus, fatuus, &c. non eſſe famoſum libellum, ſed injuriam ſcripto illatam.

Moventur *primò* per *l. 5. §. 9 de injur. & famoſ. libell.* ubi Ulpian. ſi quis, inquit librum, ad infamiam alicujus pertinentem, ſcripſerit, cōpoſuerit, etiamſi alterius nomine ediderit, vel ſine nomine, condemna-

damnatus, inteſtabilis eſſe jubetur; quo ipſo ſatis exprimi putant, famoſum libellum eſſe, qui ſub Autoris nomine edatur, ponderando particulam *Etiamſi*, quæ incluſiva, & idem de caſu non expreſſo, prædicari vult.

Secundò adducunt *l. 15 § 29. eod.* ut idem Ulpian. ſi quis, inquit, libello dato, vel principi, vel alii famam alicujus inſectatus fuerit, injuriarum erit agendum.

Tertiò, ſententiam illlam dilucidè comprobari putat Petrus Heigius, politica Imperii ordinatione Francofurti anno 1577. edita, cap. 35. § vnd ſetzen / ordnen / &c. ubi dicatur, non referre, utrum auctor nomen ſuum adjecerit, vel non; quæ conſtitutio, cum ſit noviſſima, illam meritò attendendam, & ſecundum eam alias priores explicandas.

Cui accedit *quartò*, quod major ſit impudentia ejus, qui in turpi facto nomen ſuum addit, & gloria apud alios, rerum imperitos, inde aucupari geſtit, quàm qui occultat; ideoque non mitius puniendum, eo, qui nomen ſuum occultavit, ut cui aliquis adhuc inſit pudor, nec tanta maledicendi audacia, & procacitas.

Urgent *denique*, quod nominis appoſitio, vel omiſſio, nihil ad criminis ſubſtantiam conferat, ſed probationem ejus duntaxat reſpiciat *l. 12 C. de probationib. l. 4 ff. de pignor & hypoth.* ideoque nihil intereſſe, ſive nomen addatur, ſive omittatur.

Contra verò libellum famoſum eũ ſolum haberi, qui Autoris nomine careat, probatur *primò*, quod Imperii conſtitutiones, quibus de Paſquillis, & famoſis libellis agitur, ſuppreſſionem nominis & occultationem ſparſionis, an unam omnes præſupponant.

Id quod *ſecundò*, luculenter probat conſtitutio criminalis *art. 110* ubi verbis haud obſcuris, famoſus libellus definitur eſſe. ſi quis ſuppreſſo nomine crimen alicui objiciat, ſo einer jemãd durch ſchmach-Briefe / die er außbreitet / vnd ſich nach ordnũg d' Rechten / mit ſeinem rechten

Tauff-

Tauff vnd Zunahmen nicht vnderſchreibet/ Laſter vnd Vbel zu miſſet/ ut habent Germanica dictæ Conſtitutionis Carolinæ verba.

Nec allegata Imperii conſtitutio, eo elidi poteſt, *quaſi* Carolus Quintus non loquatur de ſubſcriptione componentis famoſum libellum, ſed de illa quæ ſecundum juris ordinem ab Accuſatore in judicio fit juxt. *l.3.l.7 ff. de accuſat. & inſcriptionib. l.pen & ult. C. eod. ſiquidem* Carolum Quintum, ibi de libello famoſ. ejus pœnâ, & definitione agere, ipſa verba & totus contextus, tam clarè docet, ut qui aliam interpretationem adducat, contra mentem & ſcopum conſtituentis, apertè agere cenſeatur.

Aliter conſtitutionem illam effugere tentat Heig. *d. quaſt 31. n. 25.27. & 30.* primò ſequi negat, quod quia in conſtitutione Carolina nominis nulla fiat mentio, proinde nomine appoſito, libellus famoſus non ſit; deinde conſtitutionis Carolinæ verba, ideo ſic concepta fuiſſe, quia frquentius nomen occultetur, & rarius famoſorum libellorum Autores nomen ſuum profiteri, ſeque ſubſcribere ſoleant, at certum eſſe, quod, quæ frequentioris uſus cauſa exprimũtur, nullam inducant reſtrictionem, per gloſſ. *in clement. 1. de Rer. permutat* Z *aſ. in l 2 § mutui, n. 43. cum ſeq de rebus cred ſi cert petat* Tiraq. *de retract. proximit. §. 20. gloſſ. 1. nu. 4. & ſeq* Molin. *ad conſuetud Pariſ. tit. 1. §. 28. num. 3.* denique, dato, aliam eſſe conſtitutionis Carolinæ mentem, nec ex illa, famoſum libellum cenſeri, quando autor nomen ſuum ſubſcripſit, attamen, cum recentior ſit conſtitutio, quâ pro famoſo libello, & illa judicetur ſcriptura, cui autoris nomen ſubſcriptum fuit, promulgata Francofurti anno 1577. huic merito ſtandum eſſe & ſecundum eam, alias priores explicãdas, ac ſupplendas, *l. fin ff. de conſtitut. princip. l. 26. cum ſeq de legib.*

At nullâ illarum reſponſionum elabi poterit, ſiquidem, quo ad primam clara ſunt verba, voluiſſe Imperatorem, Famoſum libellum definire, & oſtendere quiſnam delicti hujuſmodi Reus cenſeri debeat, ut pœnâ ibi conſtitutâ, plectatur.

Nec etiam ut *ſecundo* putabatur, propter uſum frequentiorem, & quia frequentius nomen occultetur, conſtitutionis verba, ita cõcepta

cepta fuerunt, *ſiquidem* nō ex eo quod frequentius fit, ſed ex ipſa rei natura, definitiones conſtituuntur. Ideoque ut conſtet, quiſnam in crimen famoſi libelli incidat, & pœnâ illi præſtitutâ, plectendus veniat, illum criminis hujus reum eſſe conſtituit, qui per famoſum libellum, occultè propoſitum, alteri crimen objicit, quo periculum diffamato inde creetur; annotante Remo *in paraphraſi dictæ conſtitutionis Carolinæ*, poſt Tiber. Decian. *conſil.34. nu. 19. lib.4.* ubi, relatam modo Famoſi libelli definitionem, refert & ſequitur in caſu ibi propoſito: Tertia, contra conſtitutionem Carolinam allata inſtantia, ſolutionem habebit ex his, quæ ad tertium, contrariæ ſententiæ fundamentum reſpondebuntur.

Tertium, ſententiæ noſtræ fundamentum, deſumitur *ex l. unic. verſ. ſanè ſi quis, C. de famoſ. libell.* ubi Impp. Valentinianus & Valens, publico edicto prohibent, ne quis libellum famoſum clàm ſpargat, famamq; alterius ſuggillet, ſed ut ſi quis devotionis ſuæ, ac ſalutis publicæ cuſtodiam gerit, nomen ſuum profiteatur, & quæ per famoſum libellum perſequēda putaverit, ore proprio edicat; ubi cum opponantur, per famoſum libellum crimen perſequi, & nomen ſuum profiteri, oreque proprio crimen edicere, oppoſitio illa luculenter arguit, famoſum libellum eſſe, quando autor criminis objecti, nomen ſuum celavit.

Reſpondent, nihil adverſari conſtitutionem *d. legis unic. C. de famoſ. libell.* quippe quod Impp. de ſub, & inſcriptione Accuſatoris, quæ legitimè fit in judicio, verba faciant. *At* fruſtrà: licet enim detur quod Impp. *in d. l. unic.* de hac ipſa ſubſcriptione, quæ ab Accuſatoribus in judicio fieri ſolet, loquantur, ipſa tamen oppoſitio, quæ fit inter eum, qui taliter ſe ſubſcripſit, oreque proprio crimen edixit, & inter illum, qui per famoſum libellum crimen objecit, ſatis, ut dixi, judicat, famoſum libellum eſſe, quando autor criminis objecti nomen ſuum celavit, nec ſe ſubſcripſit.

Cui accedit, *quartò* quod omnes aliæ, diverſorum populorum, ordinationes politicæ, quibus de Paſquillis, & famoſis libellis, eorumque pœna, agitur ſuppreſſionem nominis, & occultationem

ſparſionis præſupponant; prout in ſpecie facit conſtitutio Electoralis Saxonica, ordine 44 *part.4.*

Nec etiam aliàs, quod eſt *quintum* ſententiæ noſtrę fundamentum, inter famoſum libellum, & injuriam ſcriptam, diſcrimen dari poſſet, ſi pro famoſo libello haberi debeat ſcriptura, cui Autoris nomen ſubſcriptum fuit.

Quod enim attinet diſcrimen, ex Weſenbecio, & Petro Heigio, ſuperius relatum, omni id ratione & fundamento caret. Famoſum libellum, ajunt, eſſe, quo ſpeciale, & certum crimen, puta adulterii, homicidii, furti, diffamandi cauſa, alicui objicitur, ſin vero, quis, abſq; infamiæ nota, contumelioſè per ſcripturam contemnatur, puta quod ſit luſcus, claudus, fatuus, non eſſe famoſum libellum, ſed injuriam, ſcripto illam; *At* non probant, nec ulla dari poteſt juris conſtitutio, qua diſcrimen adductum ſtabiliatur, aut, circa pœnæ impoſitionem, obſervatum fuerit.

Deniq; ſententiam noſtram, quâ famoſum libellum cum ſolum aſſerimus, qui autoris nomine careat, nō vero quando ſcripturæ, ad infamiam alicujus compoſitæ, autor nomē ſuum ſubſcripſit, & pro ſua agnovit, ipſa æquitatis ratio, & interpretatio conſtitutionum pœnalium, comprobat; *ſiquidem* conſtitutiones pœnales non eſſe extendendas, ſed ſtrictè interpretandas notum eſt *ex c.odia, de regul.jur.in 6.cap.ſtatutum 22.de electionib.in 6.* & tradunt interpp. communiter *lib.6.præſumpt.4.n.33.* Menoch. de præſumpt. *lib.6.præſumpt. 4.nu.33.* inque iis, mitior interpretatio ſequenda *l.10.§ fin.de reb.dub. l.4.de ſuſpect.tut.l.32.l.42.de pœn.l.56.l.155.l.168.192.§.1.de reg.jur.* Farinac. *in prax.crim.lib.1.tit.2.quæſt.19.n.3.* Menoch. *de præſumpt.lib.5.præſumpt.ult.n.2.*

Unde, cum anteriorum Imperatorum, & recentiores Imperii conſtitutiones, quibus de Paſquillis, & famoſis libellis, agitur, de eo ſolo, qui ſuppreſſo nomine, crimen alicui objicit, loquantur, utique intra illos terminos reſtringendæ erunt, nec ulterius extendendæ.

In contrarium, quæ adducta fuerunt, tanti momenti non ſunt, ut in diverſam ſententiam, judicem dimovere debeant.

Quod

Quod enim *primò* attinet *l. 5. §. 9. de injur. & famoſ. libell.* illud tantum Ulpian. voluit, quod pœnâ, ibi conſtituta teneatur, non ſolum is, qui ſine nomine librum famoſum edidit, ſed & qui nomẽ quidem addidit, at fictũ, & alienum. Et ſanè, cum tex. *in conſtitutione criminali & d. l. un. C. de famoſ. libel.* ſatis ſint aperti, & in ſpecie loquantur, non eſt quod ex indefinito, & obſcuriori loco, propoſitæ quæſtionis deciſionẽ petamus; ut taceamus, quod licet paragraphus objectus, de eo quoq; exaudiatur, qui ſubſcripto nomine librũ ad alicujus infamiam, conſcripſit, id tamen diſputationi noſtræ, quæ eſt de famoſo libello. in ſpecie ita dicto, & ejus pœna nihil obſtet; quippe nõ tractatur ibi, de definitione libelli famoſi, neq; de pœnis ipſius, ut quæ longo tẽpore poſt, novis Imperatorum conſtitutionib. introductæ ſunt, ſed agitur ibi, de aliis injuriarũ pœnis, ut conſtat ex *d. § 9. & leg. ſeq.* itaq; non debent, graviſſimæ illæ, poſteriorib. temporib. latę cõſtitutiones cum ſuis pœnis ſeveriſſimis, illis legibus, quæ de mitioribus caſibus, & pœnis tractant, quicquã adjicere, per ea, quæ circa ultimã decidendi rationẽ adduximus, & inferuntur, *ex l. 13. §. pœna, de his qui notant. inf. am l. interdum 56. §. qui furem, ff. de furt.* Facilior eſt reſpõſio, *ad l. 15. § 29. de injur.* Agitur ibi de injuria, quæ per ſcripturã principi, vel judici, contra alium datam, (qualis eſt libellus ſupplex) alicui infertur, non verò, de libello famoſo, in ſpecie ita dicto; ut proinde mirer, legem illam in confirmationem ſentẽtiæ contrariæ adductam fuiſſe. Ad *tertium* cõtrariæ ſententiæ fundam. deſumptũ ex conſtit. Imper. *de anno. 1577.* reſpondemus; hoc tantum ibi, dici, & præcipi, ne libri, ad infamiam & cõtemptum alterius ſcripti, imprimantur vendanturve, etiamſi nomen Autoris adjectũ ſit; de famoſo libello, ejuſq; pœna, ne verbo quidẽ ibi tractatur: deinde incivile eſſe, niſi tota lege perſpecta, una aliqua particula ejus propoſita judicare, vel reſpondere, inquit Celſus JCtus, *in l. 24. de ll.* Quapropter ſequentia quoq; dictæ conſtitutionis verba legi debuiſſent, & cõſtitiſſet circa finem, ubi de pœnis agitur, diſertè ſuppreſſionem nominis ſupponi; id quod etiam, contra P. Heigium animadvertit additionator ad deciſiones Matthæi Coleri *deciſ. 154. n. 16.*

Circa *quartum* pro contraria ſententia allatum argumentum, committitur Elenchus non minorum, ut minorum. Longè profectò majus, & deteſtabilius eſt crimen, occultè famam alicujus ſuggillare, quàm in faciem, cui maledicere; contra hunc jure, legeq; ſe defendere, & vindicare licet; at contra clandeſtinum ejuſmodi obtrectatorem, non habemus, quod agamus; ideoque, ſi qua ratione innoteſcat, durius in ſui pœnam, & terrorem aliorum, ne conſimilia audeant, plectendus venit.

Vltimum quod attinet, refutatur, apertè ex conſtitutione Imperatorum Valentiani & valentis, quæ extat *in l.un.C.de famoſ.libell.* & ex ordinatione criminali Caroli Quinti *artic. 110.* ut ex ſecunda & tertia decidendi rationibus luculenter conſtat. Atque ita firma manet concluſio, famoſum libellum eum ſolum haberi, qui Autoris nomine careat, non vero, quando ſcripturæ, ad infamiam alicujus compoſitæ, Autor nomen ſuum ſubſcripſit, eamque, pro ſua, agnovit.

DECISIO DECIMA SEPTIMA.

An qui verum alicui crimen, per libellum famoſum, objecit, pœnâ in Autores & propalatores Paſquillorum conſtitutâ plectendus veniat?

FAMOSI libelli Autor, poſteaquam imputati criminis convictus fuit, ad probationem adulterii objecti ſeſe obtulit; Quæſitum, An ſit audiendus, & ſi verum eſſe oſtenderit, quod diffamato objecit, à pœna immunis evadat: Conabatur id evincere famoſi libelli Autor, rationibus ſubſequentibus.

Allegabat *primò*, quod ex intentione & propoſito maleficia diſcerni & æſtimari debeant *l. qui injuria 53. de furt. l perſpiciendum 11 §. pen. l. aut facta 16. §. 8. de pœn. l. 2. §. 2. vi bonor. raptor. l. 1. §. 3. l. 3. §. 2. leg. 14. ad l. Cornel. de ſicar. l. 5. C. de injur. l. ſi quis 5. C. de Epiſcop. & cleric. l. 79. l. 108.*

l.108. de reg. jur. Atqui in caſu propoſito non injuriandi & diffamandi animo, Paſquillum editum & affixum fuiſſe, ſed ut publicè innoteſcat adulterii crimen, & magiſtratui anſa inquirendi detur; qua de cauſa etiam, non ſimpliciter Actori adulterium objecerit, ſed loco, tempore, aliiſque cirumſtantiis, depinxerit; nec defuiſſe cauſam, cur clam potius, quam palàm, ſit objectum; quippe quod Autoritatem diffamati fuerit veritus & amicorum potentia deterritus, quo minus publicè edixerit, quæ clam divulganda putavit.

Deinde, utcunque diffamandi & injuriandi animo Paſquillus affixus fuiſſet, (*dato, non conceſſo*) attamen, oſtenſâ veritate criminis objecti, à pœna ſe immunem futurum, per text. *in l.18 ff. de injur. & famoſ. libell.* ubi Jureconſult. Paulus, iniquum eſſe, ait, ut, qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur; non diſtingui, quo animo crimen fuerit objectum; *immò* certo certius eſſe, Paulum de eo, qui injuriandi & diffamandi animum habuit, verba facere, alioquin enim ſi abfuiſſet animus injuriandi, nulla ſubfuiſſet dubitatio, quin ceſſaret injuriarum actio, & eo nomine condemnatio *l.3. §.1. de injur. l. ſi non convicii 5. C. eod.*

Cui *tertiò* accedit ratio juris; ne enim delicta maneant impunita, contrà quā præſcribitur *in l. ita vulneratus 5. §.2 ff ad l. Aquil.* utiq; crimina in publicum proferri publicè expedit per text. *in l.18. ff. de injur.* ubi Paulus, cum dixiſſet, iniquum eſſe, ut, qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, dicti ſui rationem ſubjicit, quod peccata nocentium nota eſſe debeant.

Id quod *quartò* in propoſita facti ſpecie potiſſimum obtinet, cum tale objectum fuerit crimen, quod ſciri & manifeſtari, Reipub. interſit & expediat, quo caſu, veritas convicii excuſationem præbet; quippe communi Doctorum calculo receptum, & approbatum fuit, ut, ſi quis injurioſis verbis veritatem dixerit, alterive crimen verum, quod probare poſſit, objecerit, non teneatur, ſi crimen ſubſit tale, quod Reipubl. interſit ſciri, atque innoteſcere; puta, ſi quis alium furti, latrocinii, homicidii, adulterii, &c. inſimulet, hujuſmodi enim delicta nota eſſe, Reipubl. intereſt, quo ut ſontes

puniantur, & alii à conſimilibus delictis exemplo pœnæ deterreantur, per ea quæ latè tradit Andr. Geil. *2. obſervat. 99.* quem ad id allegant, & ſequuntur Andr. Fachin. *9. controv. 10.* Harprecht. *in commen. ad §. 1. Inſtit. de injur. n. 98. cum ſeqq.*

Nec *quinto* ſalva conſcientia crimen reticeri potuiſſe; cum cui objectum fuit, verbi divini ſit miniſter, & Eccleſiaſtis officio fungatur, quo caſu maximè Reipubl. intereſt & expedit eccleſiæ, delictũ hujuſmodi pateferi, quo ut delinquens, tanquã inhabilis & infamis, in dignitate paſtorali removeatur *arg. l. C. de infamib.* & ne alios, quos ad caſtitatem admonere debeat, vitæ pravitate ſeducat.

Sextò, idem evinci putabatur *ex l. unica, C. de famoſ. libell.* ubi qui crimen objectum probavit, laude & præmio dignus eſſe aſſeritur.

Idem *ſeptimò*, comprobari videtur, reſcripto Gregori Pontificis, quod extat in decretis *part. 2. cauſ. 5. quæſt. 1. cap. 2.* ubi libellorum famoſorum, Autori parcitur, ſi publicè docere & probare poſſit, quæ clam objecit.

Cui *octavò* concordat *cap proximè præcedens*, ubi dum flagellari jubetur, qui in publico, alterius diffamandi cauſa, ſcripturam, aut verba contumelioſam, confinxit, ſi ſcripta non probaverit, utique qui probavit, à pœna immunis erit, *argumento ducto à contrario ſenſu.*

Denique, famoſi libelli pœnam ceſſare, ſi crimen verum alicui ſit objectum, quod publice expediat, notum eſſe, poſt alios, tenet Cynus *in l. un. C. de famoſ. libel.* Angel. *l. 5. §. ult ff. de injur.* quos ſequitur Andr. Fachin *9. controv 11.*

Contra verò, famoſi libelli Autorem puniendum eſſe, ſive falſum, ſive verum crimen, alicui objecerit, ſeque ad probationem illius obtulerit, poſt gloſſ. *in l. 18 de injur.* generaliter, & indiſtincte tenet, Menoch. *de arbitrar. judic. quæſtionib. lib. 2. caſ. 263. circ. fin.* Covar. *lib. 1. reſolution. cap. 11. nu. 7.* Weſenb *in paratitl. Digeſt. de injur. & famoſ. libell. num. ultimo.* Mynſing. *4 obſervat. 4.* ubi ita in Camera Imperiali judicatum eſſe refert. Idem præjudicium extat apud Tileman. de benign. *in obſervationib. pract. obſervat. 86.*

Atque

Atque ita etiam in caſu propoſito reſponſum memini per text. *in conſtitut. criminal. articul 110.* ubi Carolus Quintus apertè ſanxit & conſtituit, veritatem libelli famoſi diffamantem non excuſare; Ob ſich auch die auffgelegte Schmach/ der zugemeſſenen That/ in der Warheit erfünde/ ſoll demnach der Außrüffer ſolcher Schmach nach vermögen der Rechte vnd ermeſſigung deß Richters geſtrafft werden / habent Germanica, dictæ conſtitutionis, Carolinæ, verba.

Cui accedit *ſecundo* textus *in l un. C. de famoſ. libell.* ubi Imp. Valentinianus & Valens, publico edicto prohibent, ne quis libellum famoſum clam ſpargat, famamque alterius ſugillet, ſed ut, ſi quis devotionis ſuæ, ac ſalutis publicæ, cuſtodiam gerit, nomen ſuũ profiteatur, & quæ per famoſum libellum perſequenda, putaverit, ore proprio edicat, pœnâ capitis conſtitutâ, in eum, qui contra prohibitionem illam, libellum famoſum clam ſpargere, præſumpſerit. *Agitur* ibi, de libello famoſo in genere, iſque, ſub dicta pœna, ſpargi prohibetur, nec diſtinguitur, quale crimen, verum ne, an falſum, eo cõtineatur; *imo,* nec vera crimina, per libellos famoſos, ſpargi debere, eo ipſo ſatis innuitur, dum, qui devotionis ſuæ ac ſalutis publicæ, cuſtodiam gerit, nomen ſuum profiteri, & quæ, per famoſum libellum, perſequenda, putaverit, ore proprio edicere jubetur, quod utique in crimine non vero verificari nequit.

Reſpondent contrariæ ſententiæ autores, in d. conſtitut. *l. unicæ, C. de famoſ. libel.* non dict pœna capitali plectendum eum, qui verum crimen, libello famoſo, complexus fuerit. Diſplicere quidem Imper. Valentin. & Valenti, Eorum audaciam, qui libellis famoſis vitam alicujus carpunt, licet vera crimina objiciant, moneri etiam, ut accuſent, potius, & probent crimina, prœmiũ & laudem inde relaturi: verũ non dici tales, ſi vera dixerint, plectẽdos eſſe, nec adjici imponiveq; pęnā facienti, contra admonitionẽ; ideoq; edictũ illud in dubio ita accipiẽdum eſſe, ut non adverſetur Pauli reſpõſo, quod extat *in l. eum qui 18 ff. de injur.* ita ut capitali pœnæ ſubjiciatur ex conſtitut. *d. l. unic.* qui per libellum famoſum, falſa objecit, nec crimina objecta probavit vera eſſe; non vero qui nocentem infamavit,

juxt.

juxt. reſponſum Pauli *in d.l.18. de injur.* At alienum ſenſum *d.l. unica*, contra mentem Imperatorum, apponi, nec veram eſſe interpretationem modo allatam, apertè patet, ex inductione textus à nobis facta, & conſtabit planius, ex his quæ reſpondebuntur, *ad l.18* in contrariam adductam.

Ad idem comprobandum, allegat, poſt alios, Mynſing. *d. loc. l. 5. §. 9. ff. de injur. & famoſ. libell.* ubi, qui librum, ad infamiam alicujus pertinentem, ſcripſit, compoſuit, edidit, dolove malo fecit, quo quid eorum fieret, inteſtabilis eſſe jubetur; nec diſtinguitur, verumne, an falſum delictum, libello ejuſmodi contineatur.

Solet & in eandem ſententiam citari *l. juſtiſſimos 3. C. de offic. Rect. provinc.* item *l. quiſquis 5. C. de poſtul. l. 2 C. quand & quib. quarta pars.* At illis, quippe infirmioribus, non utimur; *Sufficit* nobis conſtitutio *l. un. C. de famoſ. libell.* & quæ in terminis terminantibus, loquitur, ordinatio criminalis Caroli Quinti, *art. 110.* Nec deeſt ratio, cur, qui verum alicui crimen, per libellum famoſum, objiciat, non minus plecti debeat, quam qui falſum dixit; quo nimirum petulantia obtrectatorum & malevolorum hominum, & magis coerceatur, & ne, ſub prætextu veritatis demõſtrandæ, alii incitentur, ut audeant conſimilia, ſicque bonorum virorum fama, malevolorum diffamationibus publicè exponatur, non ſine ſumma reipubl. perturbatione, & luxatione diſciplinæ publicæ.

Nec quæ ſupra, in defenſionem facti Paſquilli, & pro excuſando ejus autore, allata fuerunt, tanti ſunt momenti, ut in contrariam ſententiam, quem dimovere debeant.

Quod enim in *primò* allegabatur, ex intentione & propoſito, maleficia diſcerni, & æſtimari debere, nec pœnæ locum eſſe, quando ſine dolo malo, & non prava intentione, quis quid fecit, *fallit*, & diſtinguitur, in delicto mali exempli, *puta*, ſi detur amatorium poculum, quod qui dat, etſi dolo non faciat, & bona intentione det, quo nimirum alterius amorem, ſibi conciliet, quia tamen mali exempli res eſt, humiliores in metallum damnantur, honeſtiores in inſulam, amiſſâ parte bonorum, relegantur, quin, & ſi is, cui datum eſt, in-

eſt inde perierit, is qui dedit, ſummo ſupplicio afficitur, *l. 38. §. qui abortionis ff. de pœn.* atqui tale eſſe crimen famoſi libelli, in aperto eſt. quippe, admiſſa veritatis probatione, obtrectatorum calumniis, & malevolorum hominum morſibus, feneſtra aperietur ſicque bonorum virorum fama, improborum, diffamationibus publicè exponeretur, non ſine ſumma Reipublic. turbatione, & luxatione diſciplinæ publicæ, cui in bene conſtitutis Rebuſpublicis omni conatu reſiſti debebit. Accedit quod in caſu propoſito, famoſi libelli autor, ipſis Imperii conſtitutionibus indiſtinctè puniri jubeatur, ſive verum, ſive falſum dixerit; ut ita de intētione facientis, ſuper vacuum ſit inquirere. Adhæc, ſi Reip. conſultum, & eccleſiæ Chriſti proſpectum voluiſſet, in publicum prodire debuiſſet, & quæ per famoſum libellum perſequenda putavit, ore proprio edicere, prout præſcribunt & mandant Impp. Valentinianus & Valens *in l. unic. C. de famoſ. libell.* Nec cauſæ allegatæ, ita ſunt comparatæ, ut à publica delatione, quem deterrere potuerint, debuerintve.

Similiter nec reo noſtro patrocinabitur, quod ſcribit Paul. *in l. 18. de iniur.* iniquum eſſe, ut, qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, *ſiquidem* primo Paulus, de ſimplici injuria, loquitur, & ibi parcendum putat ei, qui nocentem infamavit, at, ſi per libellum famoſum, nocenti crimen ſit objectum, veritas convicii nō excuſat per text. in conſtit. criminal. *art. 110.* & *l. un. C. de famoſ. lib.* prout & aliàs, libellus famoſus, à ſimplici injuria, multum diſtat, multaq; habet ſingularia, cujuſmodi eſt, quod famoſi libelli perſecutio non finiatur anno, nec annui temporis ſpacio, ipſi præſcribatur, eò quod non ſit prætoria, ſed legitima *l. 5. §. 9. Digeſt. de injur. & famoſ. libell. l. 6. eod. l. unic. C. de famoſ. libel. art. 110. conſtit. criminal.* & criminum perſecutio, annalibus præſcriptionibus non excludatur, ut dicitur, *in l. querela 12. C. de fal.* id quod, in ſimplici injuria, ſecus ſe habet, ſiquidem actio injuriarum, verbis vel ſcripto, illatarum, anno finitur, nec poſt annum agere licet, juxta *l. 5. C. de iniur.*

Regerunt, quod Paulus *in d. l. 18.* indefinitè agat, & loquatur, de eo, qui quem infamavit, infamare autem, qui quid dixit, quod fecit.

quod ad alterius infamiam ſpectat, *l. 15. §. 2. de injur.* puta, ſi quis librum, ad infamiam alicujus pertinentem, ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret *l. 5. § 9. eod.* At vero, licet non minus, immò fortius infamet, qui, per famoſum libellum, famam alterius carpit, quàm qui apertè verborum convicio, quid injurioſum dixit, vel ſcripſit, attamen, cum de famoſo libello, in ſpecie ita dicto, prout accipitur *in l. un. C. de famoſ. libell. & in conſtit. Caroli artic. 110.* aliud ſit conſtitutum, & ipſis Imperii conſtitutionibus, famoſi libelli autor indiſtinctè puniri jubeatur, ſive verum ſive falſum, dixerit, utique, quod Paulus ſcribit iniquum eſſe, ut qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, non pertinebit ad eum, qui paſquillum fecit, & alterius famam, clàm denigrare auſus fuit, ſed reſtringi debebit, ad ſimplicem injuriam, & de eo ſolo accipi, qui voce vel ſcripto quid injurioſum alicui palam objecit.

Præterea, nec in ſimplici injuria abſolute verum eſt, quod veritas convicii excuſet injuriantem, ſed hactenus id obtinet, ſi abſq; injuriandi animo, publici commodi promovendi cauſa id fiat per text *in d. l. 5. C. de injur.* ubi Impp. Diocletian. & Maxim. ſupplicanti limitatè reſcripſerunt, quod fides veri, à calumnia, & pœna ipſum defendat, ſi nimirum probare poſſit, non convicii conſilio aliquid injurioſum ſe dixiſſe, ſecundum quem textum, diſtingui ac limitari debebit, reſponſum Pauli *in l. 18. ff. de injur.*

Quo attento, nihil obſtat diſſentientiũ inſtantia, generaliter & indefinitè conceptum eſſe Pauli reſponſum, nec diſtingui, quo animo crimen fuerit objectum, *ſiquidem* leges ex legibus ſunt explicandæ, nec novum eſt, ut quod una lege generaliter dicitur, ex alia diſtinguatur, adeoque, quod dicit Paulus *in leg. 18.* non eſſe bonum & æquum, ut, qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, verum eſt, ſed ſub diſtinctione, niſi animo injuriãdi factum ſit, tunc enim veritas convicii, convicianten non excuſat, juxta *l. ſi non convicii, C. de injur.*

Inſtant

Inſtant *Vlterius*, Paulum *in dict. l. 18.* de eo, qui injuriandi, vel diffamandi animum habuit, verba facere, quia alioquin, ſi abſuiſſet animus injuriandi, nulla fuiſſet dubitatio, quin ceſſaret injuriarum actio, & eo nomine condemnatio *leg. 3. §. 1. leg. 26. leg 44. de injur. leg. 5. Cod. eod.*

At *reſpondendum* injuriandi animum præſumi ex verbis injurioſis, *d. l. 5. C. de injur.* prout & alias generaliter, in delictis dolus præſumitur per trad. à Gail. *2. obſ. 110 nu. 8.* Ideoque, ſi quid injurioſum ſit dictum, vel ſcriptum, inde injuriarum actio competit, quod ſi verò reus conventus excipiat, non injuriæ faciendæ animo ſe dixiſſe, vel feciſſe, idque probare poterit (prout probatio hujuſmodi, ipſi incumbit, per tex. *in l. ſi non convitiis. C. de injur.*) utique exceptione illa oppoſitâ, & probatâ, eliditur actio intentata, & condemnatio evitatur *leg. 2. de exceptionibus.* Ideoque, non ſequitur injuriarum actio competit. Ergo injuriandi animus adfuit, cum ex verbis injurioſis injuriarum actio competat, & ſubſiſtat, donec excipiendo elidatur, & probetur, non injuriæ faciendæ animo dictum eſſe id, unde injuriarum actio intentata fuit.

Ad *tertium* contrariæ ſententiæ fundamentum, facilis eſt reſponſio. Licet enim Reipubl. interſit, delicta publicari, ne maneant impunita *leg. 51. §. 2. ad leg. Aquil. leg. 18. ff. de injur.* non tamen illicito, ſed debito modo publicatio illa fieri debet, *per textus ſupra adductos.*

Unde &, *quartum* ex parte rei, allatum argumentum facilè diſſolvi poteſt. Etſi enim objectum adulterii crimen, ita ſit comparatum, ut ſciri & manifeſtari Reipublic. interſit, non tamen illicito ſed debito modo illa publicatio fieri debuiſſet.

Deinde, quod attinet communem interpretum opinionem, qua aſſeritur veritatem convicii, excuſationem præbere, ſi crimen ſubſit tale, quod Reipublic. interſit, ſciri, atque innoteſcere, de ſimplici injuria omnes id accipiunt, ad famoſum libellum nõ extendunt, nec extendi poteſt: ſi enim per libellum famoſum,

quod ad alterius infamiam ſpectat, *l. 15. §. 2. de injur.* puta, ſi quis librum, ad infamiam alicujus pertinentem, ſcripſerit, compoſuerit, ediderit, dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret *l. 5. § 9. eod.* At vero, licet non minus, immò fortius infamet, qui, per famoſum libellum, famam alterius carpit, quàm qui apertè verborum convicio, quid injurioſum dixit, vel ſcripſit, attamen, cum de famoſo libello, in ſpecie ita dicto, prout accipitur *in l. un. C. de famoſ. libell. & in conſtit. Caroli artic. 110.* aliud ſit conſtitutum, & ipſis Imperii conſtitutionibus, famoſi libelli autor indiſtinctè puniri jubeatur, ſive verum ſive falſum, dixerit, utique, quod Paulus ſcribit iniquum eſſe, ut qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, non pertinebit ad eum, qui paſquillum fecit, & alterius famam, clam denigrare auſus fuit, ſed reſtringi debebit, ad ſimplicem injuriam, & de eo ſolo accipi, qui voce vel ſcripto quid injurioſum alicui palam objecit.

Præterea, nec in ſimplici injuria abſolute verum eſt, quod veritas convicii excuſet injuriantem, ſed hactenus id obtinet, ſi abſq; injuriandi animo, publici commodi promovendi cauſa id fiat per text *in d. l. 5. C. de injur.* ubi Impp. Diocletian. & Maxim. ſupplicanti limitatè reſcripſerunt, quod fides veri, à calumnia, & pœna ipſum defendat, ſi nimirum probare poſſit, non convicii conſilio aliquid injurioſum ſe dixiſſe, ſecundum quem textum, diſtingui ac limitari debebit, reſponſum Pauli *in l. 18. ff. de injur.*

Quo attento, nihil obſtat diſſentientiū inſtantia, generaliter & indefinitè conceptum eſſe Pauli reſponſum, nec diſtingui, quo animo crimen fuerit objectum, *ſiquidem* leges ex legibus ſunt explicandæ, nec novum eſt, ut quod una lege generaliter dicitur, ex alia diſtinguatur, adeoque, quod dicit Paulus *in leg. 18.* non eſſe bonum & æquum, ut, qui nocentem infamavit, eam ob rem condemnetur, verum eſt, ſed ſub diſtinctione, niſi animo injuriādi factum ſit, tunc enim veritas convicii, convicíantem non excuſat, juxta *l. ſi non convicii, C. de injur.*.

Inſtant

Inſtant *Vlterius*, Paulum *in dict. l. 18.* de eo, qui injuriandi, vel diffamandi animum habuit, verba facere, quia alioquin, ſi abfuiſſet animus injuriandi, nulla fuiſſet dubitatio, quin ceſſaret injuriarum actio, & eo nomine condemnatio *leg. 3. §. 1. leg. 26. leg. 44. de injur. leg. 5. Cod. eod.*

At *reſpondendum* injuriandi animum præſumi ex verbis injurioſis, *d. l. 5. C. de injur.* prout & alias generaliter, in delictis dolus præſumitur per trad. à Geil. *2. obſ. 110 nu. 8.* Ideoque, ſi quid injurioſum ſit dictum, vel ſcriptum, inde injuriarum actio competit, quod ſi verò reus conventus excipiat, non injuriæ faciendæ animo ſe dixiſſe, vel feciſſe, idque probare poterit (prout probatio hujuſmodi, ipſi incumbit, per tex. *in l. ſi non convi. iis. C. de injur.*) utiquè exceptione illa oppoſità, & probatâ, eliditur actio intentata, & condemnatio evitatur *leg. 2. de exceptionibus.* Ideoque, non ſequitur injuriarum actio competit. Ergo injuriandi animus adfuit, cum ex verbis injurioſis injuriarum actio competat, & ſubſiſtat, donec excipiendo elidatur, & probetur, non injuriæ faciendæ animo dictum eſſe id, unde injuriarum actio intentata fuit.

Ad *tertium* contrariæ ſententiæ fundamentum, facilis eſt reſponſio. Licet enim Reipubl. interſit, delicta publicari, ne maneant impunita *leg. 51. §. 2. ad leg. Aquil. leg. 18. ff. de injur.* non tamen illicito, ſed debito modo publicatio illa fieri debet, *per textus ſupra adductos.*

Unde &, *quartum* ex parte rei, allatum argumentum facilè diſſolvi poteſt. Etſi enim objectum adulterii crimen, ita ſit comparatum, ut ſciri & manifeſtari Reipublic. interſit, non tamen illicito ſed debito modo illa publicatio fieri debuiſſet.

Deinde, quod attinet communem interpretum opinionem, qua aſſeritur veritatem convicii, excuſationem præbere, ſi crimen ſubſit tale, quod Reipublic. interſit, ſciri, atque innoteſcere, de ſimplici injuria omnes id accipiunt, ad famoſum libellum nō extendunt, nec extendi poteſt: ſi enim per libellum famoſum,

ſive paſquillum ut vulgò vocatur, crimen alicui ſit objectum, nec veritas criminis, nec Reip. utilitas objicientem excuſabit, ut probatur apertè per text. *in l.un.C.de famoſ.libell.*

Agitur ibi, de famoſo libello, in genere, iſque ſub pœna capitis ſpargi perhibetur, nec diſtinguitur quale crimen eo contineatur, Num Reip. interſit, illud manifeſtari, nec ne.

Immò nec crimina quæ manifeſtari Reip. expediat, per libellos famoſos, ſpargi debere, eo ipſo ſatis innuitur, dum qui ſalutis publicæ cuſtodiam gerit, nomen ſuum profiteri, & quæ, per famoſum libellum, perſequenda putaverit, ore proprio edicere jubetur, quod utique in crimine, cujus manifeſtatio ad ſalutem & utilitatem Reipub, non pertinet, verificari nequit. Idem evincitur, *ex leg.5.§.9.de iniur.& famoſ.libell.* ubi qui librum, ad infamiam alicujus pertinentem, ſcripſit, compoſuit, edidit, dolove malo fecit, quo quid eorum fieret, inteſtabilis eſſe jubetur, nec diſtinguitur, talene fuerit crimen objectum, ut patefieri & manifeſtari Reip. expediat, nec ne.

Patet & luculenter, ex conſtitutione criminali *art.110*. ubi Carolus Quintus, apertè ſanxit & conſtituit, veritatem libelli famoſi, diffamantem non excuſare, nec diſtinguitur, qualenam crimen ſit objectum, & an expediat Reip. illud ſciri, nec ne.

Præterea, nec de ſimplici injuria, abſolute verum eſt, quod veritas convicii injuriantem excuſet, ſi crimen ſubſit tale, cujus manifeſtatio ad ſalutem & utilitatem Reip. vergat, ſed hactenus id obtinet, ſi abſque injuriandi animo, publici commodi promovendi cauſa, crimē ejuſmodi objectum fuiſſet, uti poſt alios, rectè monuit Vult. *in comment. ad §.1.n.3. Inſtit. de iniur.* per text. *in l ſi non convicii 5. C.de iniur.* Cui concordat text. *in c.14. & cap.45. cauſa 23.q.5.* ubi dicitur, pravum animum revelantis, rem efficere iniquam.

Quibus attentis facilis erit reſponſio, ad *quintum*, ex parte rei allatum argumentum; Licet enim in caſu propoſito Reip. maximè intereſfuerit, adulterii crimen, parocho objectum, patefieri, non tamen illicito, & legibus prohibito modo, manifeſtatio illa fieri debuit.

Nec

Nec difficilior eſt reſponſio, ad *ſextum* Rei fundamentum, deſumptum *ex l.un.C.de famoſ.libel* quod enim laude & præmio dignus eſſe dicitur, qui crimen objectum probavit, non de quovis objiciēte aſſeritur, ſed de eo, qui legitimè objecit, & ad magiſtratum, rem illam detulit, uti mens illa Imperatorum, ex ipſo textu, luculenter patet.

Quod attinet textus, ex jure Canonico *cap.1.& 2. cauſ.5. quæſt.1.* adductos, noſſe debemus, mitius aliquantò jus Canonicum, ea in re egiſſe, prout & ex conſtit. Caroli Quinti, non ordinaria famoſi libelli pœnâ, Autor ejus plectitur, ſi objecta vera eſſe oſtenderit, ſed arbitrariè punitur *art:110.* conſtitutionis criminalis.

Atque ita manet, veritatem convicii, per libellum famoſum objecti, ipſum objicientem, non excuſare, à pœna, in autores & propalatores paſquillorum conſtitutâ, prout & Cameræ Imperialis aſſeſſoribus placuit, referente Mynſ. *4. obſ.4.* & Tilemanno de Benig. *obſerv.practic.obſervat.86.*

DECISIO DECIMA OCTAVA.

De Retorſione verbalium injuriarum, quam vim habeat, & Anne Actio injuriato competens, per illam extincta & ſublata cenſeatur?

MOTA fuit injuriarum Actio à Senatu civitatis R.S. contra M. I.S. Profeſſorem Facultatis Philoſophicæ in Academia R. quaſi in relatione quadam hiſtorica ſuppreſſo Autoris nomine in publicum emiſſa Actores tacendo vera, & narrando falſa, injurioſè traduxerit, & diffamarit.

Reus conventus exceptionem extinctæ, & non amplius competentis actionis, oppoſuit; cum enim Actores contrariam relationem ſatis ſcabioſam ediderint, & injurias, quas ſibi illatas putarant in Autorem nominatim retorſerint, ſibique ipſis ultionem ſumpſerint,

rint, inde actionem, ſi qua fortè ſenatui competiiſſet, extinctam fuiſſe, nec cum effectu amplius intentari poſſe; Quæſitum à nobis, Num per exceptionem oppoſitam, eliſa ſit injuriarum Actio, adverſus excipientem mota. Similiter, cum à Parocho primario, civitatis G.T. Senatus, & adminiſtratores rerum, ad civitatem pertinẽtium, è ſuggeſto templi, ſub publicâ cõcione, ſcabiosè notati, & furti haud obſcuri inſimulati eſſent, quaſi multum diteſcerent, lauteque viverent, Republicâ interim peſſum eunte; addito, cum ex hæreditate paterna, non ita multum acceperint, Facile conjecturam capi poſſe, unde ſumant, de quo tam laute vivant, & verò Senatus bene ſibi cõſcius, per Notarium & teſtes, injurias modò dictas, dicto Parocho in ſinum proprium remiſiſſent & retorquendo ſe defendiſſent. *Quæſitum*, Num, Retorſione non obſtante, *ex l. diffamari, C. de ingen manumiſſ.* contra Parochum ſuum agere, & proceſſus, contra ipſum, ipſis à judice, per ſupplicem libellum eâ de re adito, decerni debeant?

Et ſane in priori facti ſpecie, exceptionem rei conventi admittendam, & eâ probatâ, Reum ab inſtituta reconventione (reconveniendo quippe, injuriarum actio mota fuerat) abſolvendum eſſe, Reſponderunt Jureconſult in Academia I. N.

Idem etiam in theſi, & quod verbalium injuriarum actio, legitima relatione, ſive, ut vulgo vocatur, retorſione aboleatur, ita ut ab hac, ad illam, non detur regreſſus, reſpondit Bartol. de Saxoferrato, *1. conſ. criminal 5. n. 12.* Alciat. *in ſingulari conſil. de duello circa princip.* Guilhelm Omiac. *lib. queſtion. jur. philoſophic. qu. 4. n. 5.* quos allegat & ſequitur Boecr. *diſput. ſuarum claſſ 3. diſput. 4. quæ eſt de injur. & fam. libell. theſi 78.* Idem *in tractatu de famoſis libellis c. 3. ad fin.* & poſt illum Harprecht. *in comment. § ad hæc actio. Inſtit. de injur, n. 78. cum ſeqq.*

Nec ſine ratione, in propoſita facti ſpecie, à Jureconſultis Academiæ I. N. pro cõſulente reſponſum, & in theſi ab interpp. ſuprà relatis, pro affirmativa, quæſtionis noſtræ ſententia, deciſum & cõcluſum. Conſtat quippe *primò*, quod injuriarum Actio, ad vindictam tendat, & vindictæ cauſa inſtituatur teſte Ulpian. *in l. præter 7. §. 1. de iniur. & Paulo in leg. 2. §. 4. de collat. bonor.* At quando quis injuriam ſibi

ſibi illatam retorſit,& ad autorem ſuum remiſit, ſatis ſe vindicaſſe cenſebitur.

Deinde, eam ob cauſam, injuriatus injuriarum agit,ut ſe crimine objecto purget,& incuſſam ſibi notam,à ſe removeat; At qui injuriam ſibi illatam,in injuriantem retorquendo remittit, honorem ſuum ſatis defendit,pudorem purgavit, & incuſſam ſibi notam excuſſit, *l quæ omnia 25. verſic. niſi forte, & verſic. cæterum ferendus eſt, de procuratoribus.*

Tertium ſuperioris ſententiæ argumentum , ex jam dictis reſultat; Cum enim finis, propter quem injuriarum Actio dari ſolet, habeatur, injuriatus ſatis ſe vindicarit, ſuſpicionem criminis objecti purgarit,& injuriantis famam, per mendacii objectionem, apud viros honeſtos, gravarit, utique aliis, quibus, ad finem & ſcopum hunc perveniatur, modis locus non erit; quando enim de fine conſtat, de mediis non debemus eſſe ſolliciti, & quando finis habetur, ceſſant deſtinata ad finem,argumento exempli propoſiti *in §. ſed ſi ş. Inſtit. de ſuſp. trit. & c. cum ceſſante, extr. de appellat.*

Adhæc,cum per retorſionem,& relationem injuriæ illatæ,injuriato, ejuſq; honori,ſatis ſit factum, non habebit de quo conqueratur: ſiquidem, per ſatisfactionem, injuriarũ actionem tolli, exemplo non abſimili declarat Ulp. *in l. ſed ſi 17. § ſi ante 6. de injur.* ubi qui ſervum, propter injurias illatas, verberari permiſit injuriarum agere poſſe negatur,eo quod ſatisfactionem acceperit,adeoque injuriam ſuam remiſerit.

Præterea, juris non eſt incogniti,quando ex uno facto,plura juris competant remedia, ad eundem finem tendentia, quod tum, unius uſu, alterum tollatur & abſorbeatur *l. plura 53. de obl & act. l. nemo 43. §. 1. de reg. iur. l. 1. §. 21. l. 2. §. 1. verſ ſed &, de tut. act. & ration. diſtrah.* Zaſ. *ad §. ſi minus, & ibi Dd. commun inſtit. de actionib.*

Quapropter, cum ex verbali injuria, duo competant remedia, ordinaria nimirum injuriarum Actio , ejuſdemque Retorſio, & quidem , ad unam, & eandem rem, ſive finem , ut ſcilicet illata contu-

contumelia, ex qua injuriarum actio naſcitur vindicetur & removeatur *l.7.§.1.l.15.§.ſi quis, de injur.* ſequitur quando adhibitum & electum fuit Retorſionis remedium, quod ad alterum, Actionis injuriarum, nullus amplius detur regreſſus.

Deniq;, & illud conſtat, quod qui neglecta judicis, & judicii ordinarii, quod implorare debebat, autoritate, ſibi ipſe jus dicere maluit, fruſtra inſuper legis, & magiſtratus autoritatem poſtulet, & inciviliter apud judicem conqueratur, qui ipſe ſibi Judex & ultor extitit, argumento *leg. nullus 14. Cod. de Iuda. & cœlicol. l.37. in fin. de minoribus.*

Verum his non obſtantibus contrarium, & quod verbalium injuriarum Actio, per retorſionem ab injuriato factam, ſopita & extincta non ſit, de jure verius puto; prout & in caſu poſteriori, proceſſus ex *l. diffamari ſupplicantibus*, retorſione non attentâ, decernendos eſſe Reſpondimus.

Cum enim certi, jure noſtro conſtituti ſint modi, quibus obligatio, quæ ex injuria oritur, tollatur, his autem nullibi retorſio annumerata inveniatur, utique ſine lege, retorſionem illis accenſere, & inter modos quibus injuriarum actio tollitur, referre erubeſcamus moniti per Juſtin. *in Nov 18. c.5.*

Nec ex rationibus, ſententiis juris & argumentis, alios nobis confingere, & his, quos certò jure proditos habemus, annumerare licebit, per ea, quæ latè diſcurſu ſecundo, pro enervanda autoritate vulgarium juris regularum, evicimus;

Nec, in contrarium mota, tantæ ſunt importantiæ ut inde per retorſionem extrajudicialiter factam, judiciali perſecutioni præjudicium fiat, cum ad diverſos tendant fines, & Retorſio ideo fiat, ne injuriatus tacendo crimen objectum confiteri, & diſſimulare videatur, At judicialis perſecutio ad ſatisfactionem & qualemqualem gravaminis illati recompenſam tendit.

Nec quando ex uno facto, duo agendi modi oriuntur, quis uno expertus, ad alium, ut conſequatur, quod in eo plus eſt, redire prohibetur juxt. *l.34. in pr. & l.41 §. fin. de oblig. & act. ut taceam.* Retorſiones

nes

nes non eo fieri ſolere animo, quod quis, hoc ipſo, juri ſibi competenti, & legitimis perſecutionibus, renunciare velit, quod utique dicendum ſi retorſio remiſſionis effectum haberet, atqui juris, quod actus agentium, ultra ipſorum intentionem, nihil operentur vulgata *l. non omnis, de reb. cred. ſi cert. petat.*

Ac licet detur, quod injuriatus, ad recantationem, & revocationem injuriæ agere nequeat, quando injuriam in ſe jactam, ad injuriantem remiſit, ſeque illum pro tali homine, qualem injuriatum proclamaſſet, tamdiu habiturum, edixit, donec objecta probentur, inde tamen alteri, quę jure prætorio introducta fuit, actioni, vel criminali perſecutioni, non præjudicabitur per ea, quæ ſuprà *ex l. 34. & l. 41. de obl. & act.* deduximus. Quibus, & illud addi poteſt, quod, cum ab alio invaſus non prohibeatur ſe adverſus vim illatam ſtatim defendere, & tamen invaſorem nihilominus judicialiter convenire, nihil quoque cauſæ ſit, cur non, & ei, qui verbis injurioſis petitur, liberum eſſe debeat verbis reſiſtere, & jure poſtmodum experiri *leg. un. C. quand. lic. cuique ſine judice, & ib. Dd.*

Ex quibus ita deductis, ſpecialior ſingulorum objectorum refutatio, ſponte patet.

DECISIO DECIMANONA.

An minor viginti annis modo ſit pubes in cauſis criminalibus teſtis eſſe poſſit.

CUM in cauſa quadam criminali in teſtimonium ex parte accuſatoris vocaretur juvenis ſedecim annorum ab Accuſato, Num de jure illum admittere teneatur, conſulti fuimus. Et ſane minorem viginti annis, modo ſit pubes tam in capitalibus quam civilibus cauſis, teſtem eſſe idoneum inter alios tenet Reuber. *in tract. de teſtibus part. 1. nu. 7. & 8.* ſequitur Zanger *in tractat. de tortur. cap. 3 n. 10.* accedit Clarus *lib. 5. ſententiar. § fin. q. 24. n. 17.* ubi ait, de conſuetudine

Ee mino-

minores viginti annis, utcunq; ſint impuberes, in criminibus maxime atrocioribus, ad veritatem indagandam, examinari ſolere.

Moventur *primò* per text. *in l. 19. §. fin. de teſtib.* ubi, cum dicatur, pupillis & impuberibus teſtimonium denunciari non poſſe, inde conſequentia probabili, ſequi putant, quemvis puberem, ad dicendum teſtimonium, in quibuſvis cauſis, admitti, cum generaliter & indefinite lex loquatur, nec diſtinguat, inter capitales & civiles cauſas.

Idem *ſecundò*, in ſpecie de capitalibus criminibus, ſtatui putant *in l. 3. §. 5. de teſtibus*, ubi cum ſoli impuberes teſtimonium dicere prohibeantur in judicio de vi, quod publicum eſt, *tot. tit. Digeſtor. & codic. ad l. Jul. de vi publ. & privat.* utique puberes, etiam minores viginti annis, in eo judicio, & aliis omnibus capitalibus (nec enim dari poſſet diverſitatis ratio, cur ad judicium de vi id reſtringatur, in aliis verò criminibus, aliud obtinere debeat) admitti, concludunt, argumento ſumpto, à contrario ſenſu, quod in jure noſtro eſt fortiſſimum *l. 1. ff. de offic. ejus cui mand. eſt juris:*

Atque ita in præſenti teſtium materia arguunt Doctores communiter *ad §. teſtes autem, Inſtitut. de teſtament. & ad l. 20 ff. qui teſtam. fac. poſſ.* ubi, dum impuberes prohibentur teſtes eſſe in teſtamento, puberes admitti concludunt, argumento ſumpto, à contrario ſenſu, licet nulla extet juris conſtitutio, quâ pubes in ſpecie, admittatur. Eodem igitur argumentandi genere, uti licebit *ad d. l. 3. §. 5. de teſtib* ita ut dum impuberes teſtimonium dicere prohibentur, in judicio publico, puberes admitti cenſeantur, cum par ſit utrobiq; ratio, & quia alias etiam imperitiæ, & oſcitantiæ, argueretur Jureconſultus Calliſtratus, dum quod minoribus viginti annis in genere competit, ad ſolos impuberes reſtringeret.

Tertiò idem comprobari videtur *per leg. 15. § 1. de quæſtionib.* ubi minori quatuordecim annis in caput alterius deponenti, ſive tortus deponat, ſive ſponte, credi negatur; cui conſequens videtur majori quatuordecim annis deponenti, fidem eſſe habendam, non in civilibus tantum, ſed & in cauſis criminalibus, quippe cum

Digitized by Google

pe. cum adducta *leg. 15.* loquatur de teſte, per torturam interrogato; Et verò quæſtio regulariter locum non habeat, ſi cauſa, de qua diſceptatur, pecuniaria ſit, Paul. *lib. 5. ſentent. cap. 15. § in re pecuniaria.* Idem *dict. libr. 5. cap. 16. §. 2.* & utrobique Cujat. Clar. *libr. 5. ſentent. § fin. quæſt. 64. num.* 4. Weſenbec. *in paratitl. Digeſtor. de quæſtionib. num 5*

Denique in eandem ſententiam facere videtur text. *in capit. 1. cauſ. 4. quæſt. 2.* ubi, cum quidam Epiſcopum accuſare conſtituerat, & adoleſcentem infra decimum & quartum ætatis annum, ad aſſertionem ſuæ cauſæ produceret, *Quæſitum fuit*, An infra decimum quartum ætatis annum conſtitutus, in criminali cauſa teſtari poſſit, prout facti ſpecies, & quæſtio, formatur ac proponitur, in princip dictæ cauſæ quartæ; Reſpondetur ac deciditur *d. c. 1.* teſtem qui ſit infra annos quatuordecim ætatis ſuæ admittendũ non eſſe, unde ſequi videtur, admitti debuiſſe teſtem, ſi quatuordecim annis major productus fuiſſet.

At verò, verius eſt, minorem viginti annis, uteunq; ſit pubes, in cauſis criminalibus, teſtem eſſe non poſſe, per textum expreſſum *in l. 20. ff de teſtib.* ubi Venulejus Jureconſultus viginti annis minorem, in teſtimonium, in cauſa criminali, citari poſſe negat. Quam opinionem tenent & ſequuntur Accurſ. Odofredus, Baldus, Salycetus, Fulgoſ. & Doctores communiter *ad dict. leg. 20.* Bocer. *de tortur. cap. 3. num. 148.* Atque ita annis præteritis in facti ſpecie Roſtochio ad Facultatem tranſmiſsâ, reſpondimus *per dict. leg. 20. de teſtibus.* Nec audiendi ſunt, qui legem allegatam, ad invitam reſtringunt, aſſerentes, poſſe quidem, quaruordecim annis majorem, in cauſis quibuſvis tum civilibus, tum capitalibus teſtari, habere tamen ipſum excuſationem, ne dicat teſtimonium invitus, ſi veritas delicti aliunde haberi poſſit, & de hoc caſu loqui *dict. legem 20. de teſtibus*, prout poſt alios ita putat & reſtringit Zang. *in tractat. de tortura cap. 3. n. 16.*

At verò nec *ex d. l. 20.* nec ex aliis reſtrictionem illam probare licebit. Ideoque cum generaliter ſit concepta *d leg. 20.* nec inter vo-

Digitized by Google

duxerit adoleſcentem quatuordecim annis minorem. Extra caſum ibi propoſitum,ſi quis verba,dicti capituli primi urgere velit,obſtabunt ipſi, quæ de argumentatione à contrario ſenſu, paulo ante diximus,non valere illam,cōtra ſpeciales juris text. in contrarium loquentes. Atque ita manet ad probandam accuſationem adoleſcentis infra viceſimum ætatis annum conſtituti, teſtimonium non valere.

Quid verò ſi accuſatus torturæ ſubjici petatur,anne ad probanda indicia(prout illa prius antequam ad torturam perveniatur probari oportet) viginti annis minor admittetur? Ita ſanè putant plerique, ut videre eſt apud gloſſ. *ad l.20.de teſtib.* Bald.*ad l.1.n.5.C.de ſumm. trinitat.*Hippol.de Marſel.*in pract.crim. §.diligenter,n.8.*Zang.*in tract. de quæſtionib.& tortur.cap.3 nu.13.* Negat Gomez *lib.3.reſolution.cap.13. n.18.* Franciſc.Caſon *tractat.de indit.10.c.1.n.12.* quos allegat & ſequitur Bocer. *in tractat.de quæſtionib.& tortur.reorum c.3.n.152.*tum,quia teſtimonium ejus qui inhabilis eſt ad teſtificandum,perinde haberi debeat,ac ſi datum non fuerit,*Nov.90.c.6.*tum etiam,quia qui inhabilis eſt ad dicendum teſtimonium,ne quidem ad inquirendum recipiatur *c.cum oporteat; cap.qualiter & quando,extr.de accuſat.* Ac licet teſtimoniū minoris qualemqualem prçſumptionem faciat,talis tamen illa non eſt, qualis ad impoſitionem torturæ requiritur Clar. *§. fin.q.24.n.23.*

Coronidis loco & illud addere licebit, quod etſi ex parte accuſatoris non admittantur teſtes viginti annis minores , attamen cum de probanda innocentia rei agitur,admitti debeant, ut alii teſtes inhabiles,ita & in ſpecie viginti annis minores; Siquidem ad probandam rei innocentiam præſumptiones & conjecturæ admitmittuntur gl. *in clement.un.de homicid.*Hippol *conſ 61.n.3.*Salic.*in l 7. queſt.5.c.de accuſationib.*Menoch *lib.5.præſump.48 nu.8.* & ſufficit ſemiplena ac dubia probatio ad exceptionem probandam,reumque abſolvendum Geil. *lib.1.de pac publ.cap.15.n.21.& cap.6.nu 22.cum ſ q.* Menoch.*lib.1.præſumpt.3.n.10.& præſumpt.48 num 8.cum ſeq.* Quippe præſumptio & ſemiplena probatio definitionis cauſam facit du-

Ee 3 biam,

Digitized by Google

biam, quo caſu ſatius eſt, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari *l.5.§ de pœn.* Atque ita in genere, de teſtibus inhabilibus, ad demonſtrandam rei innocentiã, concludunt, & ſentiunt interp. communiter, Mynſing. *5. obſervat. 13.* Geil. *d. loc.* Maſcard. *de probat. volum. 2. concluſ. 904.* Clar. *libro 5. ſentent. §. fin. quæſt. 24, numer. 12. & 20.* Gabriel. *lib. 7. concluſ. 22.* Gomez *lib. 3. reſolut. cap. 3. n 27.* Menoch. *lib. 5. præſump. 48. nu. 7.* Vigel *5. deciſ 33.* Zang. *de tortur. cap. 3. numer. 24.* Bocer. *de quæſtionibus & tortur. reor. cap. 3. numer. 167.*

Nec, quod viginti annis minorem ad demonſtrandam Rei innocentiam admiſimus, contra Venulei Jureconſulti reſponſum fecimus; ſiquidem dicta *l. 20.* de teſtibus præcisè de Accuſatore loquitur. Accuſator in teſtimonium citare non debet eum, qui publico judicio reus, aut qui minor viginti annis erit, inquit, ibi Venuleius Jureconſultus: de Reo, nec ibi, nec alibi, tale quid ſtatuitur, ideoque nec noſtrum erit ſtatuere, & extra legem ſupplere.

DECISIO VIGESIMA.

Num, per procuratorem, vel parentem, capitaliter accuſatus, ſe defendere, & innocentiam ſuam deducere poſſit?

HOMICIDII accuſatus per procuratorem abſens, ſe defendere conſtituebat. Inſuper, citati parens, ad allegandam filii abſentiam, & deducendam innocentiam, ſe admitti petebat.

Quæſitum, Num procurator, paterve citati, jure admitti poſſit & debeat?

De procuratore primum, pòſt de parente videbimus.

Et ſanè, in criminalibus etiam cauſis, procuratorẽ admittendum eſſe,

eſſe, probari *primò* videtur, per *l. ſervum 33. §. publicè, de procur.* ubi Ulpian. publicè, inquit, utile eſt, abſentes, à quibuſcunq; defendi. Nam & in capitalibus judiciis defenſio datur, ubicunq; itaq; abſens quis damnari poteſt, ibi quemvis verba pro eo facientem, & innocētiam excuſantem audiri æquum eſt.

Ad idem comprobandum *ſecundo* adducitur *l. 3. C. de accuſan.* ubi Alexander, Reos capitalium criminum abſentes etiam, per procuratorem defendi poſſe, ait, idque legibus publicorum judiciorum permitti.

Tertiò idem velle videtur Papin. *in l. 10. de publ. judic.* ubi, in publicis judiciis excuſationem pro abſente admittendam, ſcribit, ne, præcedente trina citatione, reus quaſi contumax condemnetur, vel de accuſatoris abſentis, præſente reo, calumnia pronuncietur.

Quartò idem ſtatuere videtur Ulpian. *in l. ſed & 35. §. 1. de procurat.* ubi Patrono, libertum ſuum, de ingratitudine, per procuratorem Accuſare, & liberto per procuratorem reſpondere permittitur.

Accedit *quinto* textus *in l. 4. de obſeq. parentib. & patron. præſtand.* ubi Marcianus per procuratorem, ingratum libertum argui poſſe, ait, idque Severi & Antonini autoritate confirmat; *Nec*, de privato judicio, ſed publica accuſatione, id exaudiri debere, inſcriptio legis adductæ arguit, quippe cum deſumpta ſit, ex lib. 2. publicorum judiciorum.

Sextò, facit *l. ſervus 11. de publ. judic.* ubi idem Marcian. ſervum accuſatum, per dominum & domini procuratorem defendi poſſe, ait; de publicis judiciis, verba faciens, uti arguit, inſcriptio legis, & indicat Rubrica, cui ſubjecta invenitur.

Cui *ſeptimò* Concordat *l. 19. de pæn.* ubi Vlp. ſi non defendantur, inquit, ſervi à dominis, non utique ſtatim ad ſupplicium deducentur, ſed permittetur eos defendi, vel ab alio, & qui cognoſcit, debebit de innocentia eorum quærere.

Octavò

Digitized by Google

Octavò, idem comprobari videtur, per *Nov. 134. §. 9.* ubi mulier criminis accuſata incarcerari poſſe negatur, & liberum ei relinquitur vel per ſe, vel per maritum, aut alium aliquem ad accuſationem reſpondere. Conc *l. 1. cum auth. ſubjecta, C. de offic. diverſ. judic.*

Nonò, affertur conſtitutio Henrici Septimi in extravaganti *ad reprimendum, lib 5. feud. tit. 19.* ubi in ſummo læſæ majeſtatis crimine citatus perſonaliter, vel legitimè, hoc eſt, per Procuratorem comparere jubetur, ſub comminatione ſententiæ in contumaciam ferendæ, ſi perſonaliter vel per procuratorem comparere neglexerit.

Idem *decimò* comprobatur exemplo fractæ pacis publicæ, Publicum, hoc eſſe crimen, pœna banni, & bonorum publicatione coercendum, patet ex conſtit. Caroli V. anni 1521. Wormatiæ edita; prout, & jure Juſtinianeo vis publica, cum qua fractæ pacis crimen coincidit, inter publica judicia refertur *l. 1. de publ. judic. & tot. tit. ff. & codic. de vi publ.* Per procuratorem tamen accuſationem inſtitui, & reum per procuratorem, ſe defendere poſſe teſtatur Geil. *lib. 1. de pac. publ. c. 9. n. 4. & c. 10. n. 8.* & comprobat uſus fori.

Vndecimò affertur *l. 12. in fin C. de procurat.* ubi Alexand. multo juſtius eſſe judicavit, filium accuſati, etſi ætatem legitimam non compleviſſet, audire, defenſorem patris, quàm abſentem quaſi contumacem, & indefenſum gravi condemnatione afficere; prout textum illum inducit Herman. Vult. *diſcept. Scholaſt. c. 11. pag. 2. circa fin. & veriſimile fit, ex l. 3. C. de accuſat.* quæ eſt ejuſdem Imperatoris.

Duodecimum ſententiæ hujus fundamentum, peti ſolet *ex l. 4. §. 2. ad l. Corneliam de Sic.* ubi cum dicatur, quod qui ſpadonem fecit, abſens etiam accuſari, & condemnari queat, procuratorem etiam pro ipſo intervenire poſſe concludunt per regulam, traditam *in leg. ſervum 33. §. publicè, de procur.* ubi habetur, quod, quando abſens quis damnari poteſt, ibi quivis verba pro eo faciens, & innocentiam ejus excuſans, audiri debeat.

Decimo tertiò, ſententiam illam approbare videtur, conſtitutio criminalis Caroli V. *articul. 12.* ibi, Sobaldt der Angeklagte zu Gefengnuß

fängniß angenommen iſt/ſoll der Ankläger oder ſein Gewalthaber/&c. ubi, cum ex parte Accuſatoris, procurator admittatur, idem in perſona accuſati obtinere debebit, ſiquidem quod juris in Actore conſtitutum, idem etiam reo permiſſum cenſebitur, *leg. non debet 41. de reg. jur.*

Adſtipulatur *decimoquarto, art. 88. dicta conſtit. Carolin.* ubi tum Accuſatori, tū reo, per alium verba facere, & merita cauſæ deducere permittitur, nec inter præſentes, & abſentes diſtinguitur.

Decimoquinto, ipſa æquitatis ratio ſententiam illam admitti ſuadet. humanitatis ratione conſtitutum eſſe, ait Ulp. *in l. 6. de appellat.* ut pro damnato, etiam nocente, quivis, ad differendum ſupplicium, provocare poſſit; eadem humanitatis ratio, etiam permittet, ut pro abſente Reo, verba facere liceat, ne inſons condemnetur, ſed ſupplicium differatur. Ex æquitatis ratione, ipſe Judex de innocentia rei inquirere jubetur *l. 19. de pœn.* Cur igitur non audiretur Tertius, innocentiam accuſati deducere, & ipſum judicem inſtruere volens? cum ſatius ſit, ſemper impunitum relinqui facinus nocentis, quàm innocentem damnare, uti optimus Trajanus Aſſiduo Severo piè reſcripſit, referente Ulp. *in l abſentem 5. de pœn.*

Deniq; ſententiam illam, moribus noſtris, de ſtylo & uſu fori comprobari ajunt. Et ſanè Accuſatorē quod attinet, de generali cōſuetudine, etiam in delictis publicis accuſationem per procuratorem proponi poſſe, tradunt Dd. communiter, & teſtatur Clar. *libro 5. ſent. §. fin quæſt. 32. n. 23.* Geil *de pace publica, cap. 10. n. 7.* Weſenb *de procur. n. 5.* Rauchb. *lib. 1. quæſt. 7. n. 3.* Moller. *1 ſemeſt. 24. n. 1.* Hering. *de fidejuſſorib. c. 5. n. 254.* Reuſner. *lib. 2. deciſ. 31.* Idem etiam in perſona Rei obtinere, non deſunt, qui ſcribant moti, *d. art 12 & art. 88 conſtit Carolin.* & quod videant, captivis de more cauſidicum adjungi, qui pro eis verba faciat, & merita cauſæ pandat.

At, his non attentis, contrarium in propoſita facti ſpecie, quoad perſonam Procuratoris reſponſum memini.

Siquidem, in criminalibus cauſis, & publicis judiciis, procuratorem non admitti, probatur, tum civili, tum Canonico jure, *de*

jure civ. text. eſt apertus *in l. pen. de publ. judic.* ubi Papinian. ad crimen, inquit, judicii publici perſequendum, fruſtra procurator intervenit multoque magis, (intellige, fruſtra procurator intervenit) ad defendendum, ſed excuſationes abſentium, ex Senatuſconſulto, judicibus allegantur, & ſi juſtam rationem habeant, ſententia differtur.

Accedit *textus in l. miles 11. §. ad leg. Iul. de adulter.* ubi idem Papin. Ea, inquit, quæ inter reos adulterii, recepta eſt, abſens defendi non poteſt.

Tertio facit *l. 1. an per alium cauſ. appellat. redd. poſſ.* ubi Ulpian. ſi non ſit, inquit, pecuniaria cauſa, ſed capitalis, per procuratorem agi non licet.

Quarto, ad idem comprobandum, facit text. *in l. 2. C. de procur.* ubi Divi fratres, ad preces ſextilia reſcripſerunt, cum rem pecuniariam eſſe dicis, potes, per maritum, ſolemnibus impletis, appellationi adverſariæ tuæ reſpondere; unde à contrario ſenſu infert Jaſon *ibid. 3.* quid in cauſa criminali, ex parte rei accuſati, procurator non admittatur, utcunq; ſit conjuncta perſona, puta maritus.

Quintò pro eadem ſententia textus eſt *in l. 2. l. 5. C. de his qui accuſ. non poſſ.* ubi, in falſi crimine, alieno nomine accuſatio, vel inſcriptio fieri poſſe, negatur.

Sextò eadem ſententia probatur *per l. 15. C de accuſat.* ubi, in criminibus publicis, ob inſcriptionis neceſſitatem, ipſorum accuſatorum præſentia neceſſaria eſſe dicitur, utcunque accuſator in illuſtri dignitate ſit poſitus.

Septimò, idem probat text. *in l. quamvis 19. C. ad l. Iul. de adult.* ubi indubitati juris eſſe dicitur in crimine adulterii intentando, ipſius accuſatoris præſentiam requiri.

Octavò facit *l. de fide 16. ad l. Cornel. de falſ.* ubi, Impp. Diocletian. & Maxim. accuſationem falſi, per procuratorem perſequi non licere, reſcripſerunt.

Nonò adſtipulatur *leg. 3.* ibi, cui tamen non per procuratorem reſpondere liceat *C. ubi Senator. vel clariſſ. conveniant.*

Decimo pro eadem ſententia allegari ſolet, *l. ultim. C. de injur.* ubi cum

bi cum illuſtribus duntaxat perſonis, in criminali injuriarum judicio, per procuratorem agere liceat, regulam in contrarium eſſe arguitur, per vulg Et cum in judicio privato, ita ſtatuatur, multo magis in judiciis publicis, idem obtinebit, infert Menoch. *arb. quæſt 80. num 13.*

Undecimò, facit reſponſum Pauli V. *ſent. 4.* Crimen, quod vindictæ, aut calumniæ judicium expectat, per alios intendi non poteſt, inquit, Paulus *in §. injuriarum, d. tit.*

Duodecimo probatur *per §. penult. 5. ſent. 5.* ubi idem Paulus, in cauſa capitali, inquit, abſens nemo damnatur, neque abſens per alium accuſare poteſt.

Decimotertiò, clarus habetur textus *in §. neq; 5. ſentent. Pauli. 16.* neque accuſator, inquit Paul. per alium accuſare, neque reus per alium defendi poteſt, niſi ingratum libertum patronus accuſet, aut rei abſentia defendatur.

De jure Canonico, ad idem comprobandum textus ſunt *in c. veniens 15. extr. de accuſat. in c. tuæ, 5. de procurat c. 40. cauſ. 2. quæſt. 6. c. 52. cauſ. 2 q. 7. c 5 cauſ. 2. q. 8. c. 3. c. 5. c. 8. c. 9. c. 13. c. ult. cauſ. 3. q. 9.*

Nec, contrarium conſtitutione, Carolina cautum reperitur. Etſi enim allegato *articul. 88.* in cauſis criminalibus per alium verba facere permittatur, id tamen ita accipiendum non eſt, quaſi abſentibus procuratorem mittere, & per illum agere liceat, ſed præſentibus tantùm per alium, (qui tamen propriè loquendo, non eſt procurator ſed orator, ein Redner vnd Verſprecher) verba facere, & deſiderium ſuum proponere permittatur; ut ita, quod noviſſimis Imperii conſtitutionibus mutatum non reperitur, meritò obſervari debeat, *arg l præcipimus, C. de appellat. l ſancimus, C. de teſtam.*

Eandem ſententiam, praxis & uſus fori comprobat; ſiquidem reis non licere, per procuratorem, ſe defendere, ſed latitantis bona juxt. *artic. 206. conſtitutionis criminalis*, annotari, & contumaciter abſentem in bannum, in die Acht vnd Verfeſtungen declarari, quotidiana fori exempla demonſtrant, & teſtantur Matth. Coler. *deciſ 108.* Arumæus *in deciſionib. forenſib. deciſ. 7. n. 47. cum ſeqq.*

In vultu, exiſtunt ſæpè pallor, crebra mutatio, conſternatio, quæ admiſſum facinus interdum vehementius arguunt quàm ullæ probationes; contrà conſtans ſibi per omnia ſine affectatione vultus bonæ conſcientiæ inditium eſt. *Ex oculorum* obtutu, ſuperciliorum aut remiſſione aut contractione, facilè judicamus, quantus ſit in homine dolor, aut metus aut triſtitia, *ait Cicero 1. offic.*

Præterea, ob id etiam, ad cognoſcendum, Accuſati præſentia deſideratur, ut ſi ſponte fateri nolit, ſubſint tamen juſtæ ſuſpicionis cauſæ confeſſio per torturam exprimi poſſit.

Ad exequendum, Accuſati præſentia requiritur ne, ad pœnam corporalem condemnatus, aufugiat, & ſententiam contra ſe latam eludat, quod, ipſo præſente, fieri nequit, quippe cum præſens obſervari, & ſi opus ſit prehendi, ac incarcerari, ſicque rei judicatæ ſua autoritas conſervari queat, *juxt. l. ſi prætor, de judic.*

Nam, ſi reus putaret, ſe condemnari ſemper recederet, & per procuratorem reſponderet, litemq; totam perageret, atq; ita contra reum ipſum, abſentem ſententia ferri non poſſet *l. abſentem, de pœnis, l. abſentem, C. de accuſat.*

Minus, contra procuratorem re ipſa, quia etſi condemnari poſſit, non tamen exequi *juxt. l. 1. C. de ſent. & interlocut. omn. judic.* cum pœna ſuos autores tenere debeat, non alios *l. ſancimus, C. de pœn.* Voluit ergo lex, reum hunc, in vinculis cauſam dicere, ut, hoc medio, eos qui ſe innoxios eſſe exiſtimāt adeſſe cogat malè ſiquidē, de eo lex cogitat, qui venire negat, Nam qui male agit, lucem odio habet *cap. conſuluit, de offic. deleg.* prout plurib. exponit *And Geil. lib. 1 de pac. publ. c. 10. nu. 2. 3. & 4* Donell *18 commen. 10.* Clar. *lib. 5. ſentent. § fin. q. 32. n. 3.* Menoch. *de arbitr. iudic. q. 79. n. 3. cum ſeqq.* idem *qu. 80. n. 2. & 3.*

Evicimus hactenus, in criminalibus cauſis, & publicis judiciis, procuratorem non admitti.

Ad rationes, pro affirmativa, ſuperius adductas, quid reſponderi debeat & quomodo leges, in preſenti juris capite, ſibi adverſantes, conciliari queant, multum laborant interpp. ut videre eſt ex his, quæ de hoc argumenti genere poſt veteres, ſcripſerunt, Menoch. *de*

arbitrar judic. quæſtionib. lib. 1. qu. 79. cum ſeq. Vult. *in diſput. ſcholaſt. c. 11.* Cujac. *20. obſervat. 20. lib. 2. definit. Papin. pag. 648. & apud Paul. 5. ſenten. 16.* Robert *2. ſentent. 3.* Duar *ad tit. de procurat. cap. 6,* Donell. *18. comment. 10.* Weſenb *in paratitl. Digeſt. de procurator num. 5.* Marant. *in ſpecul. part. 4. diſtin. 1 n. 37.* Gabr. *lib. 7. concluſ. concluſ. 9* Teſſaur. *deciſ. 265.* Hippol. de Marſil. *in pract. crimin. § ſequitur,* Clarus *lib 5 ſenten. § fin. quæſt. 32.* Geil. *lib. 1. de pac. publ. cap. 10.* Socin. *de reg jur regul. 395.* Guid. Pap. *deciſ. 338.* Gomez *3 reſolut. 1. n. 13* Briſſonius *lib. ſingul. de adulter. §. ne quis inter reos.* Bocer. *diſputat. claſſ. 5. diſput. 5. theſ. 38 cum ſeqq.* Fachin. *lib. 1. controv. cap. 24. 25. & 26. cum duobus ſequentibus,* Bronckh. *1. aſſertion. 34.*

Plerique, ex pœnarum genere diſtinguendum cenſent, negantes procuratorem in cauſis criminalibus admittendum, ſi crimen, quo de agitur, pœnam corporis afflictivam mereatur, ſecus ſi non corporalis, ſed alia, quæ pœna mitior, reo condemnato imponenda veniat, tum enim procuratorem admittendum eſſe, prout illam communem dicunt, & ſequuntur Jul. Clar *lib. 5. ſent. § fin. q. 32.* Maran. *in ſpeculo part. 4. diſtin. 1* Socin. *in c. veneniens, nu. 48. de accuſat.* Guid. Pap. *deciſ. 338* Gomez *3. reſol. 1. n. 13.* Geil. *lib. 1. de pac publ. c. 10. n. 13.* Weſenb. *in parat. ff. de procur. n. 5.* Eandem eſſe communem, & in praxi obſervandam, dicit Menoch *de arbitr. judic. q. lib. 1. q. 80. n. 5. n. 120. & n. 132.* Atque ita de pœna pecuniaria, & quod abſens, per procuratorem defendi poſſit, in criminibus publicis, quibus pœna pecuniaria eſt conſtituta, concludunt, Socin. *in c. veniens, nu. 48. & accuſ.* quem ſequitur Andreas Fachin. *lib. 1. controverſ. juris c. 25.*

De pœna Relegationis, & quod in criminibus, quibus pœna Relegationis eſt conſtituta, ad reum abſentem defendendum procurator admittatur ita tenent, Socin. *in d. c. veniens, §. decimo quarto, extr. de accuſ.* Clar. *lib. 5, ſentent. § fin. q 32. verſ. hinc eſt,* Blanc. *in tractat. crimin. verſ verum quia enim 51.* & alii, relati à Menoch *d quæſt. 80. nu. 123.* Fachin. *lib. 1. controverſ. cap. 26.*

Similiter, pro reo criminoſo, Accuſato vel inquiſito, procuratorem intervenire poſſe cum pœna privationis, amotionis, & depoſi-

depoſitionis ab ordine, ac dignitate indicitur, affirmat Batt. *in l. pen. §. ad crimen, de publ iudic.* Clar. *d. quæſt. 32. verſ. idem etiam.* Felin. *in cap. meminimus, n. 17. de accuſat.* & alii quos refert Menoch *dict. q. 80 n. 169.* communem, qui ſequuntur, moventur, *primo per l. 1. an per al. cauſ. appellat. redd. poſſ.*

Quæri ſolet, inquit ibi Ulp. An per alium cauſæ appellationis reddi poſſint, quæ res, in rebus pecuniariis, & in criminibus agitari cōſuevit. Res pecuniaria ſi ſit, nihil prohibet, alium admitti. Sin autem non ſit pecuniaria cauſa, ſed capitalis, per procuratorem agi nō licet. Sed & ſi ea cauſa ſit, ex qua ſequi ſolet pœna, uſque ad relegationem, non oportet, per alium cauſas agi, ſed ipſum adeſſe auditorio debere, ſciendum eſt.

Secundo moventur *per l. 33 § publice, de procur.* junct. *l. 5. de pœn.* in quarum illa, Ulp. procuratorem admittit, in caſibus, in quib. abſens damnari pōt, hic vero abſentē damnari poſſe aſſerit, ſi pœna nō ſit ultra relegationem. *Tertiò,* quia quando pœna duntaxat pecuniaria, vel alia non corporalis, infligenda venit, cauſa propter quā, procurator in cauſis criminalibus repellitur, ceſſet, quippe cum in abſentes etiam, talis pœna decerni, & executioni mandari poſſit. *At* refutantur per *per l. pen. de publ. iudic.* ubi Papin. indiſtinctè procuratorem in publicis judiciis intervenire negat; publica autem judicia non ea ſolum eſſe, in quibus de capite hominis agitur, aut pęna corporalis infligitur, ſed & cum pœna pecuniaria, relegationis, privationis, aut alia ſimilis imponitur, docemur *ex l. 2. de publ. iudic.* Nec reſtringere licebit allegatam *l. pen.* ad caſum ubi pœna capitalis indicitur, ut poſt Socin. facit Rubeus *ibid.* cum reſtrictionem illam, non admittat generalitas verborum, ut rectè animadvertit Menoch. *d. quæſt 80. nu 132.*

Deinde ſuperiori diſtinctioni, è diametro obſtant, *l. 3. C. de accuſationib & l. 33. §. publicè de procurat.* ubi cum de capitalibus judiciis, & cauſis capitalium criminum, ſermo inſtituatur, & An procurator intervenire poſſet, quæſtio proponatur, & verò, capitale

crimen

Ac, licet Ulp. in objecta *l. an per alium cauſ. appell red. poſſ.* inter publicum, & privatum judicium, non diſtinguat, ſed ut procurator poſſit, vel non poſſit, intervenire, in id tantum inquirat, An pœna ſit pecuniaria, vel corporalis, quia tamen de publicis judiciis, *in d. l. penult.* aliud conſtitutum legitur, utique objecta *l. 1.* exinde limitanda, & reſtringenda venit, pro ut & ex ſcholaſticis Donell. *18. commen. 10. § fin.* ad crimina judicii non publici, cujuſmodi ſunt furtum, injuria, &c. legem illam refert.

*N*ec diſtinctioni, inter publicum, & privatum judicium, factæ, obſtat *l. 3. in prin. C. ubi ſenat. vel clariſſ. civiliter vel criminaliter conven.* dum enim ibidem dicitur quod clariſſimi, ob crimē publicum, vel privatum, cui tamen procuratorem, reſpondere non liceat, convēti ad ipſum Imperatorem provocare poſſint, nō eſt ita exaudiendum quaſi promiſcuè, in publicis & privatis criminibus, procurator intervenire nequeat, ſed diſtinguuntur delicta privata civiliter, vel criminaliter intenta, ita ut in his locum habeat conſtitutio in illis non item.

Deinde nudè & ſimpliciter ibi dicitur, procuratorem non intervenire, quando autem hoc contingat, relinquitur in juris diſpoſitione, ut ex illa diſtinguamus, alioqui ſequeretur, quod ſemper & in privatis, non eſſet admittendus procurator, quod apertiſſimè falſum eſt. Dicendum itaque reſpici, ad diſtinctionem *d. l. g. 1. an per al. cauſ. appellat.* videlicet, quod conſtitutio *d. l. 3.* locum habeat, in iis criminum privatorum caſibus, ubi procurator non admittitur, qui habentur *in d. l. 1. an per al. cauſ. appell.* adde *l. 27. de decur. l ſi gravius 16. C. de dignit.* Menoch. *d. quaſt. 80. n. 7.*

Æquè, non obſtat, *l 15. de accuſat.* Agitur ibi de ſolo Accuſatore, in quo, inſcriptio neceſſaria non eſt, cum crimen, ſolam pœnam pecuniam habet, ut patet ex *l fin. de privat. delict. & l. ult. de furtis*, notante Menoch *d. q 80 n. 9.*

Nec, quod in pecuniariis cauſis procurator admittendus dicitur, hoc ita exaudiendum, quaſi & in publicis judiciis procurator admittatur, ſi crimen mereatur pœnam pecuniaram, vel aliam, non

corporalem, quippe cum per cauſas pecuniarias intelligamus, cauſas civiles, ita ut ſenſus ſit, in criminib. publicis procuratorem non admitti; in civilibus vero licitè intervenire, prout & ſupra *dict. l. 15.* pro confirmatione ſententiæ negativæ adduximus, & exinde probavimus, in criminibus, publici judicii, procuratorem intervenire non poſſe.

Ad *ſecundum*, pro communi opinione, adductum argumentum, reſpondetur, quod ne in iis quidem caſibus, ubi abſens damnari poteſt, plena rei abſentis defenſio, quā abſolutoria ſequatur ſententia, admittatur, ut patet ex *l. 10. de public. iudic.* & dicemus pluribus infra.

Ad *tertium*, à ceſſante ratione, adductum argumentum, reſponderi poteſt, quod, licet præſentia accuſati, ad pœnam, & ad ſententiæ executionem, neceſſaria non ſit, quando nō corporalis, ſed alia quæ pœna, reo imponenda venit, ad cognoſcendam tamen, & eruēdam veritatem deſideretur, ideoque, cum ratio, juris cōſtituti, in totum non ceſſet, ſed pro parte tantum, conſequens eſt, nec ipſum jus ceſſare. Et hæc, de prima, antinomiæ præſentis conciliandæ, ex genere pœnarum deſumpta, & ab interpp. communiter approbata ratione. *Alii* diſtinguere malunt, inter abſentiæ allegationem, & cauſæ principalis defenſionem, ita ut, cauſas abſentiæ, per procuratorem quidem adferre liceat, at cauſæ merita tractare non liceat.

Sic enim ipſe Papinian. *in l. penult. § 1. de publ. judic.* poſteaquam dixiſſet, ad crimen judicii publici proſequendum, vel defendēdum, fruſtra procuratorē intervenire, ſubjicit, quod excuſationes abſentium, ex SCto, judicibus allegare liceat, ita ut, ſi juſtam rationem habeant, ſententia inde differatur. Facit *deinde text. in l. 10. eod.* ubi idem Papin. excuſationem pro abſentib. admittēdam, eſſe ſcribit, ne præcedente trina citatione, reus q. contumax condemnetur, vel de accuſatoris abſentis, præſente reo, calumnia pronuncietur.

Idem *tertiò* probatur, per *l. 71. de procur.* ubi Paulus. Abſens reus, inquit, cauſas abſentiæ, per procuratorem reddere poteſt.

Eandem diſtinctionem, comprobat idem Paul. *in § neq. libr. 5. ſent.*

Digitized by Google

ſent. tit. 16. Neque Accuſator, inquit, per alium accuſare, neque reus, per alium defendi poteſt, niſi ingratum libertum patronus accuſet, aut rei abſentia defendatur.

Unde ſi reus alibi locorum captivus detineatur, vel infirmus decumbat, per procuratorem ſe excuſare poterit, ut inde ſententia differatur, prout, has & alias abſentiæ cauſas, jure comprobatas, recenſet Menoch. *de arb. judic. q. lib. 1. q. 80. n. 86.*

Et de hac abſentiæ defenſione, Ulpian. in *in l. 33. §. publicè, de procur.* & Alexandrum *in l. 3. C. de accuſat.* accipiendum eſſe ſcribunt.

At, diſplicet illa conciliandi ratio, inter alios, Cujacio *20. obſ. c. 20.* quem ſequitur Vultejus *diſcept. ſcholaſt. c. 11.*

Siquidem, quod attinet *l. 3. C. de accuſ.* ne verbum quidem, ibi habetur, unde conjectura ſumi poſſit, Alexandrum, de abſentiæ excuſatione ſenſiſſe; Reos capitalium criminum, abſentes etiam, per procuratorem, defendi poſſe, ait. Abſolutè & ſimpliciter, defenſionem dum nominat, innocentiæ deductionem intelligit, cum defenſio, non aliò, quàm ad ipſa cauſæ merita reſpiciat, & aliud ſit, *quem excuſari*, aliud verò *quem defendi, l. 10. de publ. judic.* Excuſari abſentiam; defendi innocentiam.

Nec textum dari poſſe, ubi, defenſionis verbum, abſolutè poſitum, abſentiæ excuſationē denotet. Dicitur quidem *defenſio* apud Paul. V. *ſent. 16. §. neq; accuſator.* At non ſimpliciter & abſolutè, ſed cum adjecto videlicet, *defenſio abſentia,* Et ſic, defendēdi verbum, in præſenti quæſtione accipi, & ad ipſa cauſæ merita pertinere, apertè patet, *ex l. p. §. ult. de publ judic.* Ubi, quemadmodum *proſequendi* verbum, ad cauſam principalem, ejusq; merita pertinet; ita & *defendendi* verbum, non aliò quàm ad innocentię deductionē reſpicit, id quod & oppoſitio, manifeſtè demonſtrat, quippe cum verbum *defendendi*, & verbum *excuſandi*, ſibi invicem *in d. l. pen.* apertè opponantur.

Similiter, quod attinet *l. 33. §. publicè procuratoribus*, ad aliam, illa, defenſionem, quā quæ circa cauſæ merita fit, referri nequit. Publicè utile eſt, inquit, Ulpian. abſentes, à quibuſcunq; defendi. Nam & in capitalibus judiciis defenſio datur; ubicunq; ergo, abſens quis damnari

defendi poſſe, nec diſtinguit, An accuſatus ſit abſens, vel præſens, An contra abſentem, ad definitam procedi poſſit, vel non poſſit. Immò, nec eo caſu, ubi abſens damnari poteſt, per procuratorem; ipſum defendi poſſe, haud indicat, alioquin enim fruſtra dixiſſet excuſationem abſentiæ judici allegare licere, ne ter citatus reus damnetur, ſed ut ſententia inde differatur, ſi damnari abſens, & ſententia contra abſentem ferri non poſſet.

Tertiò, cum *in d.l.10.& l.pen.de publ.judic.* abſentiæ cauſas, per alium allegare concedatur, & excuſator admittatur, utique intelligimus, rejectum eſſe procuratorem, alioquin enim fruſtrà in ſubſidium excuſator admitteretur, ſi procurator admitti poſſet.

Quartò, ſuffragatur textus *in c.veniens, c.ſuper his, extr.de accuſationib.* ubi contra abſentem procedi poteſt, ad depoſitionem ab officio, & tamen non admittitur procurator ſed excuſator tantum.

Quintum argumentum ſuppeditat Paul.V.*ſentent.11.§.neq; accuſator*, ubi, cum dicatur, Reum per alium defendi poſſe, & duo tantum caſus excipiantur, Niſi ingratum libertum patronus accuſet, aut niſi rei abſentia defendatur, ubi caſus ſupra propoſitus, quando ſcilicet contra abſentem procedi poteſt, manebit ſub regula, nec procurator ibi admitteretur, *arg l.12.in pr.de judic.& ubi quis; agere vel conv.deb.* Plura ſententiæ illius argumenta, refert Menoch. *d.quæſt.80.n.135.*

At, facilis eſt reſponſio: quod enim diximus, præter abſentiæ allegationem, innocentiæ quoque defenſionem permitti, in caſibus, ubi reus abſens damnari poteſt; non de plena, quam abſolutoria ſequatur ſententia, ſed de qualificata & limitata defenſione, qualem deſcribit Papinian. *in l.10.& l.penult.de publ judic.* nimirum, ut ſententia, alìàs in contumacem ferenda, differatur, intellectum volumus:

Nec enim Papin *in d.l.10.& d.l.pen.* de ſola abſentiæ excuſatione exaudimus, ut plerique faciunt, ſed latius aliquanto accipimus, tum de abſentiæ, tum etiam innocentiæ excuſatione, ita ut ſecun-

ex l. pen. de publ. iudic. l. 11. §. 2. ad l. Iul. de adult. l. 1. an per alium cauſæ appell. redd. poſſ. ad defendendum crimen capitale, procurator intervenire non poſſit, multò minus defenſor admitteretur, cum in hoc, major ſit prohibendi ratio, quam in illo. Procurator quippe, cum mandato agit, & juſſu Domini negotia adminiſtrat, *l. 1. in pr. de procurat.* At defenſor, citra expreſſum mandatum, ad defendendum venit, definitore Weſenbec. *in paratitl. Digeſtor. de procurat. num. 12.* Unde, quod per procuratorem agitur, per ipſum principalem, agi cenſetur, ita ut ſententia, contra procuratorem lata, ipſi domino noceat, *l. 10. C. de procurat. l. 8. C. de tranſact. l. 23. in fin. de minorib.* quod ſecus eſt, in defenſore, qui cum, citra mandatum, ad defendendum veniat, utique factum ejus, reo obeſſe non poterit *l. 9. §. 4 de interrogat. in jure faciend. l. 49. de procurat. l. 13 de pact.* Geil. *1. obſervat. 45. numer. 1 & 2.*

Idem, *deinde*, in terminis quaſi decidi, & negari videtur, *in l. 2. C. de procur.* ubi, cum quæſitum eſſet, An marito, pro uxore, ad libellum appellationis, reſpondere liceat? in cauſa pecuniaria, id licere, reſcriptum fuit; quo ipſo, ſatis innuitur, in cauſa criminali non licere; quod cum, in perſona mariti, ſit reſcriptum, nec is, pro uxore, in cauſa criminali admittatur, multò minus, pater, pro filio abſente, admittetur, cum tanta non ſit, inter parentes & liberos, affectio, quanta inter maritum & uxorem, prout teſtatur vita communis, & depingitur *Gen. c. 2. Marc. c. 10.*

Accedit, *tertiò*, rationis identitas. Cur procurator non admittatur, ſed ipſius rei præſentia deſideretur, inde *primò* fieri diximus, quo ex ſermone ejus, & vultu, veritas, erui, & de crimine rectius judicari, & cognoſci poſſit; multa quippe ſunt, in vultu, & ſermone, ex quibus aut detegitur conſcientia, admiſſi, aut innocentia confirmatur, referente Arcadio *in l. 10 § pen. de quæſtion.* & monente Cicerone *lib. 1. offic.*

Unde & in civilibus, ac pecuniariis cauſis, non rarò ipſimet litigantes, perſonaliter, in judicio, comparere, & ad interrogata, proprio ore ac ſermone, reſpondere jubentur, ſi ita judici ſederit, &, ad

Hh eruen-

Digitized by Google

eruendam veritatem, ipſorum principaliū præſentia conducere videatur, quippe quod, præſens, minus mentiri, & plus veritatis allaturus cenſeatur, quā ſi, per procuratorē, cauſam agere permittatur, *per tex. in l. pen. de interrogat. in jure fac. l. fin. C. de procurat.* prout, in Facultate, non ſemel reſpondimus, & in Dicaſterio provinciali Jenenſi, ac facultate juridica, multoties ita judicatum, & reſponſum fuiſſe, annotavit Dom. Arumæus, *in deciſionib. forenſib. deciſ. 7. nu. 19. cum ſeq.* adſtipulatur gloſſ *in c. literas 14. extr. de præſumpt.* Bald *in d. l. fin. C. de procurat.* Clar. *lib. 5. ſent. § fin. quæſt. 32. n. 11. & q. 33. n. 2. in fin.* Atqui, patre, vel quo alio defenſore, admiſſo, veritas æquè occultaretur, ac fieret, procuratore interveniente, quem proinde jura non admittunt:

Deinde, ob id etiam, ad cognoſcendum, & quo veritas eruatur, ipſius accuſati præſentiam, deſiderari diximus, ut, ſi ſponte fateri nolit, ſubſint tamen juſta ſuſpicionis cauſæ, confeſſio, per torturā, exprimi poſſit, quod & ipſum fieri nequit, patre, vel quo alio defenſore, pro abſentibus, admiſſo.

Maximè verò, ad exequendum accuſati præſentia requiritur, ne ad pœnam corporalem condemnatus, aufugiat, & ſententiam contra ſe latam, eludat, *contra l. ſi prator, de judic.* quod utique fieret, ſi parens, ad deducendam filii innocentiam, admitteretur; ſiquidem, nec contra filium abſentem, ſententia ferri poſſet *l. abſentem, de pœn. l. abſentem, C. de accuſat.* Nec etiam contra parentem ipſum procedi, per text *in l. ſancimus, C. de pœn.*

Etſi enim, qui alium defendere intendit, admittatur ſi caveat judicatum ſolvi, *l. 46. §. 2. l. 51. in fin. l. 52. l. 53. de procurat.* id tamen, in cauſis criminalibus non obtinet, ut rectè animadvertit, Menoch. *de arbitr. jud quæſt. lib. 1. quæſt. 80. nu. 135. verſic. rurſus.* Et fruſtrà à patre, reſpectu filii abſentis, promitteretur, cum in abſentem ſententia ferri nequeat, ut diximus, multoque minus ſententia lāta executioni mandari, abſente eo, in quem executio fieri deberet: nec etiam reſpectu ſui ipſius, parens ita cavere poſſet; cum enim pro- mitti

mitti non poſſit, niſi quod habemus, nec pœna de aliis rebus, quam quarum quis eſt Dominus perſolvi, & verò membrorum ſuorum, vitæque nemo ſit Dominus *l. liber homo. 13. ad l. aquil. c. ſi non licet, cauſ. 23. quæſt. 5.* non poteſt ſe, ullo quis contractu, ad pœnam corporalem obligare aut ſanguinis pœnam, ab alio in ſe cavendo, vel fidejubendo derivare; Nec juris, ſed injuriæ eſſet corpus innocentis, ex alieno delicto, affligi, ſiquidem cum pœna nihil ſit aliud, quam delicti coercitio, ibi duntaxat erit pœna, ubi delictum, ne pœna delinquẽtem egredi, ſed ſuos autores tenere debebit, *leg. ſancimus, 22. Cod. de pœn. leg. 2. §. 7. de decurionibus, leg. nemo 3. §. patiatur, Cod. de epiſcop. audient.*

Quod cùm ita ſit, & rationes, propter quas, procurator in cauſis criminalibus, publici judicii repellebatur, in perſona patris, pro filio intervenientis, tum quoad cognoſcendum, tum etiam quoad exequendum, peræquè militent, idem de hoc ſtatuendum, quod de perſona procuratoris ſtatutum eſſe diximus, ſiquidem, ubi eadem eſt ratio, ibi idem jus eſſe debebit, *per vulgata.*

At his non obſtantibus, patrem in propoſita facti ſpecie, ad deducendam filii innocentiam admiſimus.

Eodem modo Jureconſultos Academiarum, Marpurgenſis & Jenenſis, reſpondiſſe refert, Dominic. Arum. *in deciſ. forenſib. deciſ. 7. num. 23. & 45.*

Eandemque ſententiam, ceu humaniorem, & æquiorem, inter alios, in theſi, tuentur, & defendunt Jul. Clar. *lib. 5. ſent. § fin. quæſt. 33.* Menoch. *de arbitr. judic. quæſt. lib. 1. quæſt. 80. n. 97.*

Probatur *primo* per *l. 1 ff. de liber. cau.* ubi parens ad filii, & viciſſim filius, ad patris libertatẽ aſſerendam, admittitur, quia, ut ſubjicitur, *in l. proximè. ſeq.* ſervitus filii, ad dolorem patris & ſervitus patris, ad dolorem ac injuriam filii, porrigitur, quæ ratio cum in noſtro etiam caſu obtineat, nec minus ſit luctuoſum patri videre filium ſuum perire, & indefenſum relinqui, idem etiam jus obtinebit.

Deinde ratione proprii intereſſe cuilibet, etiã in cauſis criminalib.

Digitized by Google

intervenire licere, conſtans eſt Doctorum traditio, per notat à Clar. *d.q.33.n.5.* Menoch. *d.q.80.n.97.* Atqui conſtat, maximè intereſſe patris, filium habere ſuperſtitem, non ſecus ac ſe ipſum, quippe cum pater & filius una eademque perſona eſſe cenſeantur, & filius ſit portio viſcerum paternorum, *l.fin. C.de impub. & aliis ſubſtit.l.8.§.3 quod metus cauſ.§.fin.Inſt.de noxalib.actionib.* Unde, quando pater cauſam filii agere, & innocentiam accuſati demonſtrare ſatagit, non tam de aliena, quam de propria cauſa agi credendum eſt, teſte JCto *in l.2.§.3.quand.appelland ſit*, ubi, cum quæſitum eſſet, An conjunctus pro conjuncto, capitis damnato, appellare volens, die ſecunda (ut fit in cauſa propria) an tertia (quod fit in cauſa aliena) appellare debeat, ſecunda die, appellari debere, reſponſum fuit, quia qui ſua intereſſe dicit propriam cauſam defendit, ut habent verba *dict.l.2.§.fin. quand.appell.ſit.*

Probatur *tertiò* per *l.exigendi 12.C.de procur.* ubi Alexander multo juſtius eſſe judicavit, filium Accuſati, etſi legitimam ætatem non compleviſſet, audire, defenſorem patris, quàm abſentem, quaſi cõtumacem & indefenſum, gravi condemnatione afficere; idem multo magis indicaturus, de patre filii accuſati, cum major ſit ratio admittendi patris, quam filii, per ſuperius dicta.

Quartò facit in ſimili, quod dominus ad defendendum ſervum admittatur *l.11.de publ.judic.l.2 C.de accuſat.& inſcriptionib.* quod, cum fiat, ob intereſſe pecuniarium, nec minus interſit patris, filium habere ſalvum, & criminis inſontem, ad exemplum domini, utique & pater pro filio admittetur.

Confert *deniq.* quod Abbas pro Monacho, Epiſcopus pro clerico, magiſtratus pro ſubdito, ratione proprii intereſſe, intervenire poſſint, uti poſt gloſſ. & Doctores communiter, tradit Menoch. *de arbitr.iudic.qu.lib.1.qu.80.n.100.Clar.d.quæſt.33.n.5.*

Necobſtant rationes pro negativa adductæ. Quod enim *primò* de procuratore afferebatur, huc non pertinet, cum procurator ſit cauſæ alienæ, in noſtro vero caſu non de aliena, ſed de propria cauſa, intervenientium, & proprio intereſſe tractetur; alieno nomine, in cri-

in criminalibus intervenire non licet, proprio autem, & ratione proprii intereſſe licet *Menoch.d.q 80.n.97.*

Quæ cauſa etiam fuit, cur *in l.2.C.de procuratorib.* quæ *ſecundo* loco objecta fuit, maritus nomine uxoris, in cauſa criminali non admittatur, quia, vi mandati, ab uxore ſibi dati agere inſtituit, cum aliàs, ratione ſui proprii intereſſe, admiſſus fuiſſet.

De rationibus, & cauſis, cur jura accuſatum ipſummet adeſſe velint, quod *tertiò* adducebatur, ſciendum, accuſati præſentia, in præſenti caſu, ad cognoſcendum non eſſe opus, dum pater filii ſui innocentiam, ex aliis, quas habere prætendit, probationibus & argmentis, demonſtrare ſatagit; Sententiam vero quantum attinet, ſi filii innocentia ſufficienter probata inveniatur, ſententia fertur abſolutoria, ad quam præſentia non requiritur, ſin vero interveniẽs pater, in probatione deficiat, accuſatus ipſemet denuò adeſſe jubetur, eique, ceu melius forte inſtructo, cauſam redintegrare, & de novo agere, licet.

Et hæc de rationibus, tam dubitandi, quàm decidendi, caſus nobis propoſiti. *Coronidis* loco monendum, quod, quibus caſibus, procurator, vel defenſor, in cauſis criminalibus, non admittitur, nihilominus liceat articulos defenſionales offerre, & judicis officium implorare, ut deſuper, teſtes nominati, pro informando judice, & cognoſcenda abſentis innocentia, examinentur, uti poſt Jaſonem, & alios, cautelam hanc notat & præjudicio Jenenſi, comprobat Dominicus Arumæus *deciſionum forenſium lib.1.deciſ.7.circa fin.*

Et hanc communem eſſe Doctorum opinionem, poſt multos à ſe allegatos, tradit Clar *lib.5.ſentent.§.fin.quæſt.33.num.2.* ratio, in promptu eſt, quia hoc ipſo, nihil aliud petitur, quã quod Judex aliàs ex officio facere teneretur, tenetur quippe Judex bonus, omnibus modis veritatem indagare, & ex officio perquirere, de innocentia rei, etiam nemine petente.

Nec *obſtabunt*, quæ contra cautelam hanc, in contrarium affert Clar. *d.quæſt 33.n.2.* ubi opinionem illam, abſurdam & ridiculam eſſe, ait, quia hoc modo deſtrueretur, tota practica criminalis, nam

Digitized by Google

nullus, inquiſitus, vel accuſatus, compareret perſonaliter, ad ſe defendendum, ſed vel ex officio, vel per hujuſmodi excuſatorem, faceret teſtes ad ſui defenſionem examinari, abſque ullo capitis ſui periculo, & ita nunquam reus poſſet examinari, neque torqueri, nec ulla condemnatio fieri; non *obſtat*, inquam, illa conſideratio, ſiquidem, eo caſu, quod ſit, ad privatam ipſius judicis informationem ſit, nec publicatio teſtium peti, poterit, ſed in ſecreto, atteſtationes habentur, & publicationem petens repellitur, cum, alio fine, & effectu, informatio illa ſuſcipi ſoleat.

DECISIO VIGESIMAPRIMA.

An & quatenus à ſententia in cauſis criminalibus lata appellare liceat?

NUM à ſententia in cauſis criminalibus lata, ab inferiore ad ſuperiorem judicem provocare liceat, in cauſa quadam, à judice & Adſeſſoribus judicii criminalis, quod eſt W. ad facultatem noſtram tranſmiſſa, diſputatum memini.

Et ſanè in caſu Actorum tranſmiſſorum, appellationi non rectè deferri, dicendum videbatur.

Siquidem (quæ eſt *prima* ſententiæ negativæ ratio) ne jure quidem civili, in atrocioribus delictis, appellationi locum eſſe, ſi reus crimen ipſemet ſit confeſſus, conſtat ex *l. 244. de verbor ſignific.* ubi Labeo, Si qua pœna eſt, *inquit*, mulcta eſt, ſi qua mulcta eſt, pœna eſt. Paulus, utrumque eorum falſum eſt, namque harum rerum diſſimilitudo, ex hoc quoque apparet, quod de pœna provocatio non eſt, ſimulatque enim victus quis eſt, ejus maleficii, cujus pœna eſt ſtatuta, ſtatim ea debetur; at mulctæ provocatio eſt, nec ante debetur, quàm aut non eſt provocatum, aut provocator victus eſt, nec aliter, quàm ſi is dixit, cui dicere liceret.

Cui

Cui adſtipulatur *l.2.Cod.quor.appellat.non recip.* ubi Conſtantius & Conſtans Imperatores ad Hieroclem conſ. Syriæ Cœleſt. Obſervare curabis, inquiunt, ne quis homicidarum, veneficorum, maleficorum adulterorum, itemque eorum, qui manifeſtam violentiam commiſerunt, argumentis convictus, teſtibus ſuperatus, voce etiam propria, vitium, ſceluſque confeſſus, audiatur appellans.

Idem in ſpecie de crimine Raptus, & quod in eo qrovocatio locum non habeat, conſtitutum legimus, *in l.unic.C.de rapt. virgin.* ubi Juſtinianus Imperator, provinciarum Rectoribus, aliiſque judicibus, mandat, ut Reos comprehenſos, ſimul ac de crimine conſtiterit, ultimo ſupplicio afficiant, nec ſi appellare velint, ullam eis concedant licentiam.

Idque maximè obtinet, ſi publicè interſit, damnatum ſtatim puniri, per text. *in l.16. Dig. de appellationib.* ubi Modeſtinus, conſtitutiones, inquit, quæ de recipiendis vel non recipiendis appellationibus loquuntur, ut nihil novi fiat, locum non habent in eorum perſona, quos damnatos ſtatim puniri, publicè intereſt, ut ſunt, inſignes latrones, vel ſeditionum Comitatòres, vel Duces factionum, Marant, *in Specul. part. 6. §. & quando appellatur, numer. 292. cum aliquot ſeqq.*

Jam verò, in caſu propoſito, de commiſſo latrocinio, (in quo, dicta l.16. Appellationem prohibet) agebur, deque eo ex propria accuſati confeſſione conſtabat, & inſuper expedit Reipublic. hoc præſertim depravato ſeculo, & in tanta delictorum frequentia mora, Reos puniri.

Idque *ſecundo*, præter ius commune ſupra relatum omnino velle videtur, conſuetudo apud Germanos recepta. Siquidem, per generalem Germaniæ conſuetudinem; in cauſis criminalibus, appellationes non admitti, ſed poſt latam ſententiam, ſtatim pro arbitrio judicis, remotâ omni appellatione, executionem fieri vulgo recepta eſt criminaliſtarum ſententia.

Teſtantur de illa, quam dixi conſuetudine Joachim Mynſ. *centur. 4. obſervation. 41.* Idem *Reſponſo 7. nu. 15. decad. prim. & Reſponſo. 59. n. 61.*

decad.

Digitized by Google

decad.ſext. Andr. Geil. *lib. 1. obſervat. c. 1. num. 28.* Idem *de pac. public. libr. 1. cap. 20. num. 36.* Joachim Beuſt. *in rub de iureiuran. num 97.* Nec ulla alia probatione indigere videtur, cum ſit notoria, juxt. Bald. *in l. mulieribus, num. 13. verſ Et iſta conſuetudo notoria, Cod. ad SC. Velleian.* idem Bald. *in l. ſi fugitivi, numer. 3. C. de ſerv fugitiv. & in l. ſi cum 2. num. 5. Cod. quando provocare non eſt neceſſ.* Alexand *in l. unic. C. ut quæ deſunt advocat, part.* idem *5. conſil. 14* Bart. *in l. lege Iulia, n. 3. de teſtib.* Matth. Coler. *deciſ. 98. n. 15.* Mynſing. *5. obſerv. 96. num 6. & 7.* Andr. Geil. *lib. 1. obſervat. cap. 36. n. 16.* Idem *lib. 2. obſervat. cap. 31. num. 17.* Et alias etiam, Doctoribus de conſuetudine atteſtantibus fides ſit habenda, juxt Bart *in l. de quibus 32. quæſt. 4. Digeſt. de legib.* Bald. *ibid.* Cacheran. *deciſ. 141. num. 16.* Franciſc. Viv. *lib. 1. commun. opinion. verb. Doctori Famoſ.* Gabriel. *libr. 1. de probationib concluſ. 4.* Capyt *deciſ. 176 n 18* Laurent Kirchov. *commun. opinion centur. 2. concluſ 45. & concluſ. 47.* Graſſ *commun opin. lib. 1. cap 1. quæſt. 20* Mynſing *obſervat practic. cent. 6 obſervat. 41. num. 3. cum ſeqq* ubi multos hujus ſententiæ Autores recenſet, eamq; communem & in Camera Imperiali receptam ait.

Poſſe verò ſtatuto, vel conſuetudine induci, ne in cauſis criminalibus appelletur; tenent Doctores communiter, Didac. Covarruv *in pract. quæſtionib. cap. 23. num. 6.* Capyt *deciſ 137. nu. 17.* Moller *libr. 4. ſemeſtr. cap 31.* Jul. Clar *in practic. criminal. lib. 5 ſentent. §. fin. quæſtion 94.* ubi ait, valere ſtatutum diſponens, quod in cauſis criminalibus non liceat appellare, eamque opinionem eſſe communem, nec ab illa in practica recedendum; atque ita in Ducatu Mediolanenſi, omnes appellationes ac nullitatis querelas, in cauſis criminalibus per conſtitutiones publicas, eſſe ſublatas refert *dict. loc*

Eodemque modo in Flandria ſervari nec appellationes in cauſis criminalibus attendi, etiamſi Reus non ſit proprio ore crimen confeſſus, atteſtatur Jodoc. Damhouder. *in practic. criminal. cap. 149. num. 2.* relatus à Clar. *d. quæſt 94. num. 3.* Et probatur ex eo, quod ſtatutum vel conſuetudo poſſit tollere jus commune *leg. de quibus 32. § fin. de legib. l fin. de conſtitutionib. princip §. ſed naturalia, Inſtitut de iur. natur. gent & civil. l 1. ad l aquil. c. ult. in fin. de reſcript. in 6. c. 3. c. ult. in fin. diſtinct.*

diſtinct.4. Bald.*in l.1.de legib.* Jaſ.*in d.l.de quibus.n.69.* Còvarruv.*in commentar ad c. Alma mater,de ſentent.excommun.in 6.part.2.in princ.nu. 2.* *Geil 1 obſerv.36.n.1.cum ſeqq.* Idem *lib.2.obſerv.31.num.5.*

Nec,*tertio*,jus illud,de non admittenda appellatione in criminalibus,cauſa introductiva deſtituitur,ſed juſtis ſubnixum eſt rationibus ſalutem publicam concernentibus;ne nimirum provocandi temeritas, autoritatem & reverentiam judiciorum labefactet, & ne delicta maneant impunita, ſontes debitis pœnis ſubtrahantur, aliique hoc modo ad patranda flagitia incitentur, aut in malo propoſito,vitæque malitia obſerventur; cum,admiſsâ appellatione,facile fieri poſſit,ut lite pendente Accuſati vel aufugiant,vel moriantur,ſicque debitæ pœnæ ſubtrahantur; quòd aliis exemplo eſſe poſſet,audendi conſimilia facinora. Jam verò,Rationẽ pro lege eſſe,& ubi rationem habemus bonam Reipubl accommodam, non eſſe neceſſe quærere legem,conſtat ex *c.conſuetudo,§.porrò,diſt.1.*

Quartò,conſuetudo, de non appellando in cauſis criminalib. publica Imperii lege comprobata, ſicque ex jure non ſcripto, ſcriptum factum fuiſſe videtur textus in ordinatione Cameræ Imperialis *part.2.c.28 §.item* nach dem/ubi habetur, inveteratæ, ſacri Romani Imperii, conſuetudini repugnare, ſi appellationes in cauſis criminalibus admittantur, Concordat Receſſus Auguſtanus de anno 1530. ubi ſancitur, quod Appellationes in Camera Imperiali à cauſis criminalibus,contra receptam,ſacri Romani Imperii, conſuetudinem,introducta,in poſterum admitti non debeant. Quibus conſtitutionibus,utpote recentioribus, ſtandum,non attento,quid jure civili veteri ſit cautum,*l.fin.de conſtitutionib.princ. l.1.ad leg. Aquil. l. 1.in prin.ad leg.Facid.l.1.§ ſi ſervi 19.de quæſtionib.*

Unde *Quintum*, pro rejicienda appellatione fundamentum reſultat; Cum enim Judex & Adſeſſores Cameræ Imperialis prohibeantur proceſſus Appellationum à ſententiis,in criminibus publici judicii latis,interpoſitarum,decernere,*part.2.ordinat.Camer.c.28. §.item* nach dem/& dict Receſſu Imperii *de anno 1530. §.item* als jetzo etliche Zeit hero von peinlichen Sachen; atque ita etiam in Camera Im-

 periali

periali obſervari ſoleat, annotante Geilio *libr.1.obſervation.practic. cap.1.num.36.* & Mynſingero *centur. 4. obſervat.41.* utique idem in inferioribus quoq; tribunalibus, & curiis obſervari debebit, ſiquidem judicia inferiora ad modum & formam judicii Cameralis reformeri ac ſecundum ſtylum ac conſuetudinem Cameræ ordinari & conformari jubentur, juxt. receſſum Deputationis *de anno 1600. §.* Dieweil aber.

Confert *ſextò*, quod jure etiam Saxonico in criminalibus non concedatur Appellatio, ſi pœna corporis afflictiva Reo imponenda veniat, uti teſtatur Coler. *deciſ.132. num 11.* poſt Benedict. Reinhard. differentiarum juris civilis ex Saxonici *part.4.differ.19.* item *part. 5. different.24.* & Autorem anonymum differentiarum inter jus civile commune & Saxonicum, *differ. 136.* per text. *libr. 2.* Landrecht *art. 12.* ibi Wirdt ein Mann gefangen im Gericht / er kan kein Vrtheil ſchelten.

Septimò, per deſuetudinem etiam jura civilia tolli. & abrogari, conſtat *ex l. de quibus 32. in fin. de legib* ubi Julianus, rectiſſimè, inquit, & illud receptum eſt, ut leges non ſolum ſuffragio legiſlatoris, ſed etiam tacito conſenſu omnium, per deſuetudinem abrogentur, Menoch. *de præſumpt. lib. 2 præſumpt. 2 n. 1.*

Unde eſt quod ſtatuta in uſum non recepta, pro non ſcriptis habeantur, nec ſubditos obligent, prout in facti contingentia aliquando reſpondimus, & annotant Emanuel Soarez *in theſauro commun. opinion. lit. S. num. 193.* Matth. Gribald. *commun. opinion. §. ſtatutum req. 7.* Jam vero in loco ubi caſus contigit, vel fando inauditum eſſe, aſſerebatur, ut in criminibus judicii publici appelletur, nec poſſe dari exemplum, ubi tale quid tentatum, vel appellatio recepta fuerit. Quare cum uſus & ſtylus fori pro lege ſit *c. ex literis, de conſtitutionib.* appellationi deferendum non eſſe.

Denique & illud in caſu propoſito, quo minus interpoſita appellatio admittatur obſtare videbatur, quod ſententia à qua appellatum fuit, non definitiva, ſed interlocutoria tantum exiſtat. Siquidem Accauſato injuncta fuerat per ſententiam, probatio 112. 113. & 114.

& 114. articulorum defenſionalium, quæ utique mera eſt interlocutoria. Atqui à ſententia interlocutoria appellari non poſſe, juris eſt certi, per text. *in l. 4. de appellationib. recipiend. leg. ante 7. C. quor. appellat. non recip. l. eos qui 6. §. ſuper his, C. de appellationib. c. non ſolent §. fin. cauſ. 2. quæſt. 2.* Bartol. *in dict. leg penult. Cod. quor. appellat. non recip.* Guid. Pap. *deciſ. 75. num. 1.* Maranta *in Speculo part. 6. §. & demum fertur ſententia, num. 6.* Idem *d. part. 6. §. & quandoq; appellatur. nu. 303.* Geil. *1. obſervat. 129. in princip.* Idem *1. obſervat. 130. per totum,* Mynſinger. *centur. 4. obſerv. 43.*

At his non obſtantibus Appellationem in caſu propoſito rectè interpoſitam fuiſſe, & à judice ad quem recipi oporteret, Reſpondimus.

Conſtat quippe, *primo*, de jure communi non tantum à civilibus, ſed & à criminalibus cauſis regulariter Appellare licere; Textus eſt *in l. 6. de appellationib* ubi ad pœnam mortis damnato appellare permittitur; immò licet aliàs à ſententia appellare non poſſit, niſi qui fuit ipſemet in lite, ſi tamen ad mortem quis ſit damnatus, alii etiam pro eo appellare licet, ſive velit, ſive nolit, & ſive appellãs neceſſarius ſit, ſive extraneus. Non tantum ei, inquit Ulpian. d. loc. qui ad ſupplicium ducitur provocare permittitur, verum alii quoque nomine ejus, non tantum ſi ille mandaverit, verum quiſquis alius provocare voluerit, neque diſtinguitur, Utrum neceſſarius ſit, nec ne, credo enim humanitatis ratione omnem provocantem audiri debere; Ergo etſi ipſe acquieſcit ſententiæ, nec quærimus, cujus interſit. Quid ergo, ſi reſiſtat, qui damnatus eſt, adverſus provocationem? nec velit admitti ejus appellationem perire feſtinans? adhuc putem, differendum ſupplicium, *hæc Ulpia.* concordat *l. 29. C. eod.* ubi Imperatores Arcadius & Honorius Cæſario præfecto prætorio in hæc verba reſcripſerunt, Addictos ſupplicio, & pro criminum immanitate damnatos, nulli per vim vindicare liceat, ac tenere; quib. in cauſa criminali humanitatis conſideratione, ſi tempora ſuffragantur, interponendę provocationis copiã non negamus,

gamus, ut ibi diligentius examinetur, ubi contra hominis ſalutem per errorem vel gratiam cognitoris oppreſſa putatur eſſe juſtitia.

In eadem ſententiam iidem Imperatores Arcadius & Honorius Theodoro præfecto prætorio reſcripſerunt; ſi quis, *inquiunt in l. 30. C. de appellationib.* provocatione interpoſita ſuſpecti judicis velit evitare ſententiam, liberam habeat poteſtatem, nec timeat cōtumeliam judiciorum, cum & ab ipſa injuria poſſit facile provocare. ſciant igitur cuncti ſibi ab injuriis & ſuſpectis judicibus, & in capitali ſupplicio, ac fortunarum diſpendio, provocationem eſſe conceſſam. Extant & aliæ hinc inde, ejuſdem tenoris, leges & conſtitutiones quam plurimæ, quibus ad ultimum ſupplicium damnatis Appellandi licentia & facultas conceditur, uti videre eſt, *in l. 1. l. 6. §. 3. l. 13. in princ. C. de appellationib. l. 6. §. fin. C. de epiſcop. audient. l. 2. C. ſi penden. appell. mors interven. l. 7. §. 17. cum ſeq. de interdict. & relegat. l. 2. §. fin. de pœn.* ubi Ulpian. Eum inquit, accipiemus damnatum, qui non provocavit, cæterùm ſi provocet, nondum damnatus videtur, latè Barth. Cæpola *cautel. 2.* Weſenb. *lib. 1. conſ. 43. n. 132.* Joh. Fichard. *lib. 1. conſ. 36. n. 36.* Bar. *in l. qui ultimo ſupplicio, de pœn* Felin. *in c. quærenti, ext. de offic. delegat.* Abb. *in c. 2. ext. de judic.* Erneſt. Cothman. *lib. 1. reſponſorum, reſponſ. 14. & reſponſ. 16. Covarruv. pract. quæſt. c. 23. n. 4. §. ſexto eſt. verſ. nam & in criminalib.* Nec eſt qui diſſentiat, & negare audeat, de jure communi in criminalibus cauſis, atque ac in civilibus, appellare licere.

Cui accedit, quod ratio, propter quam beneficium appellationis fuit inventum, in cauſis criminalibus maximè obtineat. Rationem introductæ appellationis refert Ulp. *in l. 1. ff. de appellationib.* Appellandi uſus, quam ſit vetus, inquit, quam frequens, quamque neceſſarius, nemo eſt qui neſciat, quippe cum iniquitatem judicantiū, vel imperitiam corrigat; quibus verbis hoc ſignificatum voluit, ratione & ſenſu communi quemvis doceri, oppreſſos aut iniquitate, aut inſcitia judicis, auxilio ſuperioris magiſtratus, ſublevandos eſſe, adeoque eum in finem appellationis remedium, quo ad ſuperiorem magiſtratum cauſa iterum cognoſcenda defertur, inventum fuiſſe, ut ſen-

ut ſententia injuſtè lata, in melius reformetur, & ne iniquo aliquo judicio, per imperitiam, aut etiam malitiam judicis, jus ſuum cuiq; eripiatur; quæ ratio, in cauſis criminalibus maximè obtinet, quippe cum ibi non de glande legenda, vel pecore paſcendo, ſed de ſanguine & vita hominis, re omniũ precioſiſſima, nobiliſſima, agatur.

Quod cum ita ſit, cum inquam, de jure communi æque in criminalibus ac in civilibus cauſis appellatio admittatur, nec alia lege vel conſtitutione poſteriori jus illud immutatum reperiatur, utiq; ſtandum erit juri ſemel conſtituto *arg. l. præcipimus, Cod. de appellation. l. ſancimus, C. de teſtam.* Nec præſumenda eſt mutatio, aut ex rationibus, ſententiis generaliſſimis, aphoriſmis & argumentis Topicis, inducẽda, ſed clarè & apertè de illa conſtare & liquere oportet, Franciſc. Viv. *lib. 1. commun. opinion. §. ſtatutum, maximè verò hoc in caſu,* ubi ſumma pro lege conſtituta, contra mutationem ejus militat, *arg. l. placuit 8. C. de judic. l in omnibus 90. l. et ſi nihil 143. de reg. jur. cum ſimilib. vulgo notis;* ſiquidem appellatio ſpecies eſt Defenſionis, & innocentiæ præſidium, ut appellatur ab Innocentio Tertio, *in c. 61. §. porro, extra de appellationib. cui concordat l. 1 ff. eod.* Eſt Theriaca cõtra venenum judicis Bald. *in l. unic. C. ſi de momentar. poſſeſſ. appell.* Cæſar concord. *ibi. in ultima ratione decidendi* Guilh Benedict in repetitione *c. Rainutius, part. 2. verb mortuo teſtatore, n. 276. extr. de teſtam.* Moller. *4. ſemeſt. 33. n. 5.* Et ſanè ſi ulla juris ſupra poſiti neceſſaria fuiſſet mutatio, illam utique ſine dubio feciſſet Imperator Carolus V. in ordinatione criminali, quippe ubi ex profeſſo de judiciis criminalibus, & ſententiarum capitalium executionibus agitur; qua de re pluribus agemus infra circa refutationem ſecundæ Rationis dubitandi.

Et hæc de prima Decidendi ratione.

Secundo, attendebatur, quod ab Appellatis, probatum non fuerit, nec etiã probari potuerit, inveterata conſuetudine, uſuq; longævo introductum eſſe, ne à judicio criminali civitatis E, in criminibus publici judicii, à ſententiis capitalibus, ad ſuperius Tribunal, appelletur. Quod enim de deſuetudine, & intermiſſo uſu Appellandi adferebatur, infirmius eſt, quam ut inde jura, in ſalutem homi-

num conſtituta, tollantur, uti circa ſeptimam dubitandi rationem videbimus, & ad oculũ factę illationis infirmitatẽ demonſtrabimus.

Tertiò non parum movebat, Nullitatis conſideratio. Nullitatis, in judicio cauſarum criminalium commiſſæ querelam, tum in Camera Imper. tum etiam aliis in judiciis admitti, ſive in proceſſu, ſive in ipſa ſententia, Nullitas ſit commiſſa, conſtat ex ordin. Cameræ Imper. *par. 2. tit. 28.* docent præjudicia Cameræ, & notant Mynſin. *obſerv. pract. centur. 4 obſerv. 42.* Fichar. *conſ 123. n. 2. lib. 2.*

Et quidem, ope appellationis Nullitatem in Camera Imperiali, aliiſq; judiciis proponi poſſe, ſcribit Fichar. *d. loc.* Immò utilius & conſultius eſſe putant practici, Appellationis remedio Nullitatem introducere, monentque Advocatos, ut à ſententia quantumvis Nulla, ſemper appellent, Raph Cuman. *conſ. 44. n. 5.* Jacob. Henrichman. *conſ. 31. n. 11. lib. 3.* quos refert, & in ſimili ſequitur Erneſt. Cothman. *reſponſ. 14. n. 60. cum ſeq lib. 1. conſiliorum.* Jam verò, circa cauſam præſentem, plures unâ Nullitates commiſſas fuiſſe, ex Actis conſtabat luculenter.

Et *primò* quidem, quoad Torturæ Decretum nimis feſtinanter proceſſum fuit. Juris eſt certi & indubitati, Reum torquendũ non eſſe, nec ad torturam perveniendum, niſi adſint inditia imputati criminis urgentiſſima, ita ut ſola confeſſio Reorum deeſſe videatur *l 1. in princip. §. 4 §. 17. de quæſtionib.* concord. *l. 10 §. 3 l. 18 §. in ea cauſa, l. ultim. eod. l. 3. in princip. l 8. §. 1. Cod. eod l ſicut 17. Cod. ad l Cornel de falſ.* concord. de jure Canonic. *c. 6. extr de reg. jur.* ubi Gregorius Pontifex in ipſo cauſæ initio, inquit, non eſt à quæſtionibus inchoandum. Concordat &, conſtitutio criminalis Caroli Quinti *artic. 6 in princ.* cujus verba hæc ſunt.

So jemand einer Vbelthat durch gemeinen Leumuth berüchtiget/ oder ander glaubwürdiger Anzeigung verdacht vnd argwöhnig/ vnd derhalben durch die Obrigkeit von Ampts halben angenommen wurde/ der ſol doch mit peinlicher Frage nicht angegrieffen werden/ es ſey denn zuvor redtlich vnd derhalben gnugſame Anzeigung vnd Vermuthung/ von wegen derſelben Miſſethat auff jhn glaubwirdig gemachet.

Idem

Idem ab eodem Imperatore Carolo Quinto repetitur *artic. 20. dicta ordinationis criminalis* hiſce verbis: Wo nicht zuvor redliche Anzeigung der Miſſethat/darnach man fragen wolt/vorhanden vnd beweiſt würde/ſol niemands gefragt werden/vnd ob auch gleichwol auß der Marter die Miſſethat bekandt würde/ſo ſoll doch der nicht geglaubt/ noch jemands darauff verurtheilt werden.

Wo auch einige Obrigkeit oder Richter/in ſolchem vberführen/ſollen die/dem alſo wider Recht/ohn die beweeſene Anzeigung/gemartert were/ſeiner Schmach/Schmertzen/Koſten vnd Schaden der Gebür ergetzung zuthun/ſchuldig ſeyn.

Accedit gloſſ *in l. ſi quis 3. Codic. ad leg Jul. Majeſtat.* Dd. *in l. 1. §. 1. de quæſtionibus*, Clarus *libr. 5 ſentent. § fin. quæſt. 45 numer. 6.* Idem *quæſt. 64. num 9. & num. 13.* Gomez *lib 3. reſolution. cap 13* Hyppolit. de Marſil. *in practic criminal §. conſtante, num. 1. & ſeq* Decian. *in tractat: crimin lib 7. cap 47.* Boer. *deciſ. 163. num. 2.* Zanger. *in tractat. de tortur. cap 1. num. 13. 15 & cap. 2. in princip & num. 4.* Bocer. *in tractatu de quæſtionib & tortura reor. cap. 3 num. 8.* Moller. *2. ſemeſt. 25.* Ex quibus ita deductis, evidenter conſtat, à tortura non eſſe incipiendum, ad torturam non deveniendum, niſi inditia ad torturam ſufficientia, præcedant, nec aliter quam ſub tormentis interrogari, debere, quàm ſi inditia criminis extent talia, ut ſola Reorum confeſſio deeſſe videatur. Atqui in noſtro caſu, nullis præcedentibus inditiis, commiſſi homicidii, aut certi alicujus delicti, Reus torturæ ſubjectus; fuit quod enim attinet ſcortationem, & rerum furtivarum emptionem, de quibus, ex confeſſione facinoroſorum quorundam reus arguebatur, confeſſus fuit, ante, quam ad torturam cõdemnatus fuit, delicta ejuſmodi, nec proinde torqueri, ſed puniri debuiſſet.

Sanè, ſi Reus malæ ſit conditionis & famæ ſolituſque delinquere, quibuſdam videtur, etiam aliis inditiis deficientibus, eum eſſe torquendum, quos refert Marſilius *in practic. criminal. §. diligenter, nu 99* & tenet Boſſ *in pract. crim. tit. de inquiſitione, n. 29. & tit. de indit. ante tort. num. 65.* At minus conſideratè, ut videre eſt, apud Jul. Clar. *lib. 5. ſent. §. fin. q. 64.* ubi ſententiam illam improbat, quia ſi, ex eo ſolo

omnia in ipſum delictum, An conſtet de eo, inquirere ſatagat. Es ſoll ein jeder Richter/ inquit Carol. V. d. loc. in dieſen groſſen Sachen/ vor der peinlichen Frage/ ſo viel müglich vnd nach geſtalt vnd gelegenheit einer jeden Sachen/ beſchehen kan/ ſich erkundigen/ vnd fleiſſig nachfragens haben/ ob die Miſſethat darumb er angenommen/ berüchtiget vnnd verdacht/ auch beſchehen ſey/ oder nicht. Idem comprobatur exemplo Sacrarum literarum, *Deut. 17. v. 4.* ubi ob idololatriam accuſatus puniri prohibetur, ante quam habita diligenti inquiſitione, de delicto certò conſtet. Unde & in Scabinatus, aliiſque collegiis juridicis, quando de jure in cauſa criminali reſpondetur, addi ſolet clauſula, Si diligenti habita inquiſitione, de delicto certò conſtet, uti teſtatur Moller. *3. ſemeſt. 40.* duo referens exempla, ubi Rei, eo non obſervato, innocentiſſimè ſunt occiſi. Adde Bart. *ad l. 1. §. 24. de SC. Syllan.* Clar. *lib. 5. ſent. §. fi. q. 4. n. 1. item q. 52. n. 7. q. 55. n. 10. cum ſeq. q. 64. n. 3 & q. 66. in prin.* Gomez. *lib. 3. variar. reſolut. c. 9. n. 1.* Boſſ. *in pract. crim. tit. 1. in prin.* Gram *deciſ. 60. n. 19* Maran. *in ſpec. part. 6. in princ. titu. de inquiſitione n. 17.* Hipp. de Marſ. *in pract. crim. in prin. n. 5.* Ant. Gab. *lib. 7. comm. opin. concluſ. 17.* Coler. *deciſ. 108. n. 13. cum ſeqq. ubi plures alleg. vide ſupra dec. 2. pag. 44. ubi quæ dixi, huc, & quæ hic, illuc, in ſupplementum, repetita volo.* Jam verò in caſu, quo de agimus, nec ante, nec poſt torturam, de cōmiſſo homicidio conſtitit. Faſſus quidem fuit, in tortura, accuſatus, ſe quendam, ſecum pernoctantem, trucidaſſe, & in foſſam horti ſui cadaver projeciſſe; reperta etiam inibi fuerunt, nonnulla oſſa, quæ pro oſſibus humanis haberi voluerunt, & vulgò habita ſunt. At, nō ſufficit confeſſio, ſive in torturæ, ſive extra torturam, fuerit facta, niſi plenè & perfectè de delicto prius conſtet, per tradita, à Marant. *d. part 6. de Spec tit. de inquiſition. n. 18.* Hipp. *in prax. crim. §. poſteaquam, n. 21.* Zang. *de tortura, c. ult.* Modeſt. Piſtor. *q. 117.* Farin. *in prax. crim q. 2. n. 11.* ubi ait, ſe nunquam condemnaturum, confitentes homininem ſe occidiſſe, atque in mare projeciſſe, quanquam prope mare habitent, niſi prius conſtet, interfectum quem eſſe.

Sanè in foſſa indicata, poſt habitam inquiſitionem, inventa, ut dixi, fuerunt oſſa, numero ſeptendecim, quæ pro hominum oſſibus,

foret. Solutio, patet, ex finalibus oppoſitæ legis verbis, dum ſubjicitur, quod pœnæ certæ ſingulorum peccatorum ſint, mulctæ contrà; eò quod ex judicis arbitrio & poteſtate dependeat, quantam dicat. Concordat, quo ad appellationem à mulcta, adeoque ſolutionem datam confirmat, *leg. 2 r. C. de appellationib.* ubi Imperatores Gratianus, Valentinianus, & Theodoſius Et in mulctis, inquiunt, à judicibus inferendis appellationes jubemus admitti.

Ratio diverſitatis eſt, quia quando lex certam exprimit pœnã, judici obſervandam, non agit iniquè, nec noſtrum eſt judicare de lege, ſed ſecundum legem; at quando Judex pro ſuo arbitrio mulctam imponit, arbitrium illud labi, & æquitatem excedere poteſt.

Alii, quos ſequi videtur Weſenbec. *in paratitl. Digeſtor. de appellationib. recipiend. nu. 3.* accipiunt *d. leg. 244*. de atrocioribus delictis à reo confeſſis, quæ ſtatim puniri propter atrocitatem publicè interſit. Quæ interpretatio ſi admittatur, lex illa, aliàs indefinitè cõcepta, ſecundum terminos, *legis ſecundæ C. quor appellation. non recip.* ſecundo loco *allegatæ*, exaudienda, & limitanda foret.

Ut enim conſtitutio, *dict. leg. 2. C. quor appellation. non recip.* locũ habeat, & appellatio denegetur, duo copulativè requiruntur, nimirum, ut quis ſit convictus, *(id quod & in d. l. 244. de verbor. ſignific. Labeo requirit)* & inſuper etiam, crimen confeſſus, prout interpretatur Bart. *ibid.* & patet ex verbis legis *ibi* Argumentis convictus, teſtibus ſuperatus, voce etiam propria vitium ſceluſque confeſſus, non audiatur appellans.

Adhæc, non quævis confeſſio attenditur, ſed quæ ſponte fuit facta; Si quis, tormentis coactus, ſit confeſſus, confeſſio illa confitenti non præjudicat, text. *in d. l. 2. C. quor. appellat. non recip* ubi iidem Imperatores antè dicta explicantes, æquum eſt, inquiunt, teſtibus productis, inſtrumentiſque prolatis, aliiſque argumentis præſtitis, ſi ſententia contra eum lata ſit, & ipſe qui condemnatus eſt, aut minimè voce ſua confeſſus ſit, aut formidine tormentorum territus, contra ſe aliquid dixerit, provocandi licentiam ei non denegari.

Digitized by Google

Concordat, *l.17. de appell.* ubi, ſi damnatus de ſe ſit mentitus, petatq; in integrum reſtitutionem, ſententia venit differenda. Eleganter Jul. Clar. *lib.5. ſentent. §. fi. q. 94. n.1.* Didac. Covar. *pract. quaeſt. c.23 n.5.* Maran. *in ſpec. part. 6. §. & quandoq; appellatur, n. 292.* De lege ſecunda *C. quor. appell. non recip.* quae modo diximus, obtinent & in caſu adductae legis *C de rapt. virg.* praeſcribēte, & monente, ipſomet Imp. Juſtin. poſt legitimas, inquit, & juri cognitas probationes, ſine fori praeſcriptione, duriſſimis eos (intellige Raptores virginum, viduarum, & ſanctimonialium) poenis afficiant, & mortis condemnēt ſupplicio; quibus & ſi appellare voluerit, nullam damus licentiam, ſecundum antiquam Conſtantinianae legis definitionem.

Eodemq; ſenſu, & ſub iiſdem conditionib. exaudienda venit, *l.16 ff. de appell.* ult. loco alleg. cum damnatus cenſeri non debeat, niſi qui per legitimas, & juri cognitas, probationes ſit convictus, *d l. un. C. de rapt. virg.* Jam verò, in caſu quo de agimus, incuſatus de homicidio convictus non fuit; imò, nec teſtes à Fiſcali ad id nominati fuerunt; nec etiam ſponte confeſſus fuit, ſed vi tormentorum adactus. Ut taceam, in nullo attendi confeſſionem Accuſati, ſive ſpontanea ſit, ſive tormentis expreſſa, niſi prius conſtiterit de delicto, quod verè id ſit perpetratum; de quo, in caſu noſtro, planè nihil conſtitit, uti ſuperius ex ipſis actis retulimus. Nec etiam in confeſſione ſua perſtitit Reus noſter, ſed illam revocavit judicialiter, exhibitis judici, innocentiae ſuae, Articulis defenſionalibus. Et haec de prima, non admittendae appellationis, ratione dubitandi.

Similiter nec, quod *ſecundò* afferebatur, per generalē Germaniç conſuetudinem, in cauſis criminalib. appellationes non admitti, in contrariam ſententiam, nos dimovere potuit. Siquidē, *primo*, cōtroverſum adhuc eſt inter interpretes, An ſtatuto, vel cōſuetudine, induci poſſit, ne in cauſis criminalib. appelletur? Suntq; ex interpretibus nō pauci, qui ſtatuta ejuſmodi inhumana, & cōſuetudines irrationabiles judicant; quippe cum appellatio ſit ſpecies defenſionis, quae eſt de jure naturali, & conſequenter ſtatuto vel conſuetudine tolli non debet, ſed cuivis, etiam Diabolo, ſi eſſet in judicio, cōcedi.

Rot.

Rot.dec.16. eſt præſidium innocentiæ, & Theriaca contra venenum judicis, *Bal.in l.un.in fi.C ſi de moment.poſſ.appell fuer.* Et ſanè, cũ in cauſis, civilib. ſæpe non magni momenti, ex legũ diſpoſitione, cuivis cõcedatur appellatio, multo magis in cauſis criminalibus, ubi non de glande legenda vel pecore paſcendo, ſed, ut diximus, de ſanguine & vita hominis, re omniũ precioſiſſima, nobiliſſima, agitur, reo cõcedenda, nec temerè adimenda erit. Admitti quidem poſſent, cũ Jul. Clar. *lib.5.ſenten.§ fi q 94.n* 3 Moller. *4.ſemeſt.33.circa fi.* & aliis ibi allegatis, talia ſtatuta & conſuetudines, ſi in locum denegatæ appellationis, alia ſubordinentur, & admittantur remedia, præſidiaq; innocentiæ, quibus ab injuria Rei conſtituantur tuti, cujuſmodi ſunt, ſupplicationes pro Revidendis Actis, Leuterationes, & ejus generis media alia; qaibus addo laudabilem Haſſiæ noſtræ conſuetudinem, ubi à Scabinis judiciorum criminalium, ſententiæ quidem, vel ab ipſiſmet, vel ad conſiliũ ſapientum, concipiuntur, at executioni non mandantur, niſi prius ab Adſeſſoribus & conſiliariis Dicaſteriorum approbentur, pro ut Marpurgi & Giſæ inviridi eſt obſervantia; & meritò ubique locorum obſervari deberet.

Deinde, non eſſe generalem, quæ per univerſam Germaniam ſe extendat, cõnſuetudinem, ne in cauſis criminalib, ex ipſis rerum documentis docemur, & praxis forenſis monſtrat; Siquidem, ut taceamus alios Germaniæ diſtrictus & territoria, in ditionibus Electorũ & Ducum Saxoniæ, quæ pars ſunt Germaniæ non exigua, conſuetudinem illam non obſervari, ſed, & Leuterationes, quas vocãt, & appellationes in cauſis criminalib. admitti, non minus, ac in civilib. teſtatur Dan. Moller. *lib.4 ſem ſt.c.33.nu.1.* Et ipſe quoque Wittebergæ, in cauſa accuſationis homicidii Nobilium de M. contra Nobilẽ S. Reum, non tantum Leuterationẽ, ſed & appellationẽ admiſſam, vidi.

Præterea, cum conſuetudo ſit facti, *l.de quib.32.* ibi, nam quid intereſt, ſuffragio populus voluntatem ſuã declaret, An rebus ipſis & factis *ff.de ll.* utique ut aliàs, quæ facti ſunt, probari debent, *per l.adſeveratio 10.C.de non numer.pecun.l.1.l.ſive.16.C.de probat.* Spec. *de teſtib.§ 1.n.95.* Men. *de præſumpt.lib.6.præſump.14.n.1.cum ſeqq.* ita & conſuetu-

do probari debebit, *c.1. de conſtitutionib. in 6* & ibi Canoniſtæ, Men. *de præſumpt. lib. 2. præſumpt. 8 n. 7.* Teſtantur quidem, de tali conſuetudine Germanorũ, Mynſing. & Geilius, locis ſuprà allegatis; Aſt, nõ ſufficit illorum teſtimonium, & convincuntur ipſis rerum documentis, uſuq; contrario. Nec, quod dicebatur, Doctori de conſuetudine atteſtanti credi debere, abſolutè verum eſt, ut ex iiſdem, pro ea ſententia allegatis Autoribus, conſtat; neque ſufficit, verbis de conſuetudine teſtari, ſed oportet idoneam ejus cauſam reddi, & deponi de viſu Actus, cujus conſuetudo allegatur à Dd. communiter *in l. de quib. 32. de ll.* Denique dicterium illud, quod conſuetudo probetur teſtimonio Doctoris, atteſtantis, eſſe conſuetudinem, non niſi de conſuetudine particulari, certorum locorum, de qua, quis notitiam habere poteſt, exaudiri poterit, de generali verò, per totum Imperium, vel regnum, quæ ſit, non item. Unde, quod nonnulli ſcribunt, & autumant, jus commune, de appellationibus in cauſis criminalibus recipienda per conſuetudinem Germaniæ abrogatum, & hodie pro non ſcripto eſſe, rectè quidem dici poteſt, de iis tribunalibus & locis, in quibus Germaniæ conſuetudinem receptam eſſe, certum eſt, at ſi id dubium ſit, & ex parte Accuſati negetur, utique Accuſator, qui, ſuper conſuetudine, intentionẽ ſuam fundat, eam probare, & quod in illo ipſo loco, ubi cauſa vertitur, ita obtineat, docere, per ſuperius notata, & tradita à Cothm. *reſpon. 14. n. 15. lib. 1. conſ.*

Et *ſane*, cum ad exemplum ſupremi tribunalis, quod eſt ſpiræ Nemetum, inferiora tribunalia Appellationem in cauſis criminalibus, ſenſim & extenſivè reſpuere cœperint, inſuper & appellatio defenſionis naturalis ſit ſpecies *l. 1. de appell. c. cum ſpeciali. § porrò. ext. de appellat* veriſimile non eſt, per univerſam Germaniam, & ſingulas ejus provincias, conſuetudinem, de non appellando in cauſis criminalibus, eſſe receptam, prout & interpretes plerique, quando allegatæ conſuetudinis mentionem faciunt, non abſolutè, de univerſa quadam Germaniæ conſuetudine teſtantur, ſed limitatè ſcribunt, & referunt moribus judiciorum per Germaniam *quodammodo* receptum eſſe, ne in cauſis criminalibus appelletur prout facit Fer-

rar.

rar. Montan *de appellationib. lib. 1. c. 5. n. 58.* quem ad hoc allegat Erneſt. Cothm. *d. reſponſ 16. n. 185.*

Facit, quod Camerales, conſuetudine illâ non attentâ, ante Receſſum Auguſtanum, de anno 1530. promulgatum, appellationes receperint, quo ipſo ſignificarunt, conſuetudinem illam, utpote naturali defenſioni contrariam, vel planè non admittendã, vel certè, velut odioſam, ſtrictiſſimè accipiendam eſſe, Cothm. *d. conſ. 16. n. 22. & 23.* ubi inſuper allegat Blanc. *in tr. de compromiſſ. q. 4. pr. num. 21.* & Lancell. *De attentatis, tit. de attentat pendente compromiſſo. par. 2. c. 15. nu. 128.* Adhæc notandum, etiam in illis ipſis locis, ubi conſuetudo illa viget, non indiſcriminatim ita obſervari, ſed, in eo tantum caſu, obtinere, ubi videlicet ex officio contra reũ proceditur, ut plerunq; fit, & is in cõfeſſione criminis, ſive ſpõte, ſive ſub fidiculis facta corã tribunali, & quando definitiva ſententia publicari debet, perſeveret, uti arguitur, & conſtat ex eo, quod uſu apud Germanos ſit receptum, ut rei, niſi confeſſi, morte, nunquam aut certè rariſſimè, mulctentur, annotante Moller. *d. c. 33. n. 3. lib. 4. ſemeſt.* At verò, ſi ordinarius inſtitutus ſit proceſſus, libellus accuſatorius oblatus, Reus litem negativè conteſtetur, &, probationib. utrinque deductis, poſt cauſam concluſam Judex inferior, exiſtimans accuſatorem ſufficienter intentionem ſuam probaſſe, Reum autem in contraria probatione exceptionis ſuæ defeciſſe, ad definitivam procedat, reumque condemnet, is verò, interpoſitâ appellatione, ad ſuperiorem provocet, utiq; appellatio denegari non debebit, nec etiam inditionib. Saxoniæ, aliarumque provinciarũ, denegari ſolet, teſte Moll. *d. c. 33. nu. 5.* qui videndus.

Deniq; juris eſt certi quod iis etiam caſibus, quibus ſtatuto, vel conſuetudine, appellatio expreſsè prohibetur, nihilominus appellare liceat, ad iniquitatem, ex actis Notoriam, (pro ut in caſu præſenti Notoria fuit, actis atteſtantib. judici appellationis, ex nuda actorum inſpectione, oſtendendam, & appellationis remedio corrigendã, per trad. ab Ant de But. *in c. inter cæteras, n. 2.* & Abb. *ibid. n. 3. ext. de re judic.* Alexand. *3. conſ. 106. nu. 27* Bald. *in l. 1. nu. 4. Cod. ſi de momentan. poſſeſſ. appellat. fuer.* Natt. *1. conſ. 51. nu. 21.* Gram. *deci. 36. n. 78.* Socin. Jun.

Digitized by Google

tionis duntaxat loco adducitur, quod aliàs etiam ita conſuetudine in Germania ſit receptũ; quæ ſanè ratio vera eſt, nam in plerisq; locis, hujuſmodi appellationes prohibentur, at nõ eſt generalis & univerſalis per totam Germaniam; atq; ita etiam dictam ordinationẽ accepiſſe, & ad ſolam Cameram reſtrinxiſſe videtur Petr Denaiſius, Camer. Imper quondam Adſeſſor celeberrimus, in cõpendio juris Came. dũ ita latinè vertit, In criminalib. cauſis, unde pœna corpori impendet, Appellationes, ex vetere inſtituto, ne admittuntur, attamen, à judiciis immediatè Cameræ ſubjectis, Nullitatis naturali rationi repugnantis querela ad eã defertor, quà deprehensâ, cauſa eadem, legitimè procedendi pronunciandiq; gratia, remittitor. Adde in ſupplementũ datæ ſolutionis ea, q̃ de hoc arg. genere ſcribit Ern. Coth. *r ſponſ. 14 lib. 1.* Publica. Imp. lex, *inquit n. 9.* ad Imperiale tribunal principaliter pertinet; cum verò juris cõis correctoria ſit lex iſta, ſanè reſtrictè accipi debet, neq; de loco & tribunali uno ad locum & tribunal aliud, porrigi, *l. ius ſingulare, de ll.* Franciſc. Arct. *conſ. 44. nu. 1.* Hipp Rimin. *conſ. 350. n 7. lib. 3.* Neq; *(pergit d. loc. n. 11.)* obſtat, quod lex illa ſit principis Rom. conſtitutio, ideoque latiſſimè accipi, & interpretatione pleniſſima adjuvari debeat, *l. pen. de conſtit pr.* nã id regulariter quidem procedere, & verum eſſe, at in conſtitutionibus quantũvis Imperialib. quę novæ ſunt, & juris cõis correctoriæ, locum non habere, per text. *in l. ſancimus, C. de pœn. l. ſi quando, in prin. C. de inoffic. teſtam.* De receſſu Imperii, anno 1530. Auguſtę promulgato, idem judicat & reſpondet, *conſ. 16.* Receſſus, inquit, non habet, Appelationes cauſarum criminalium, inveterata conſuetudine ſacri Imperii, in quibuſvis univerſæ Germaniæ judiciis, prohiberi, ſed, Appellationes in Cam Imper. à cauſis criminalib. contra receptam S. Rom. Imperii conſuetudinẽ introductas in poſterum admitti nõ debere. Neque obſtat *(pergit d loc.)* quod de S. Rom. Imperii conſuetudine receſſus Auguſtan. generaliter loquatur; nam id, *inquit*, non eo pertinet, ac ſi Imperator, conſuetudinem eam, in omnib. & ſingulis Germaniæ provinciis, & ſingulis ſingulorũ judicum curiis, ſubſelliis, & tribunalib. receptam eſſe profiteatur, ſed hoc tantũ fine ſit, ut intel-

ligamus, quantumvis per univerſum ſacrum Romanum Imperium ad imperiale tribunal appellari ſoleat ac debeat, non tamen cauſarum criminalium Appellationes ad Cameram admittantur, conſuetudine ſacri Romani Imperii impediente. Deniq; in Comitiis, *inquit*, Imperii res, ad totum Imperium pertinentes, tractantur. & de inferiorum judicum tribunalibus, cauſis ac juriſdictionbus, nihil iis actum cenſetur, niſi quatenus id nominatim exprimatur, quemadmodum omnes Imperii Receſſus probant.

Atque ita etiam abunde factum eſt ſatis, quartæ rationi dubitandi deſumpta ex ordinatione Cameræ Imperialis, *part. 2. tit. 28. §* *Item* nach dem. & ex Receſſu Imperii Auguſtæ Vindelicorum, *de anno 1530.* in Comitiis edito.

Quinta dubitandi ratio, ex præcedenti dependet; cum enim, ut dictum, ad Cameram Imperialē cauſæ criminales, per viam Appellationis devolvi nequeant, per textus adductos, idq; in viridi ſit obſervantia, Mynſingero & Gailio teſtibus, & verò in Receſſu Deputationis, *de anno 1600. §* Dieweil aber 17. aperte ſit proviſum, quod inferiora judicia ad modum & formam judicii Cameralis reformari, ac ſecundum ſtylum & conſuetudinem Cameræ, ordinari ac conformari debeant, inde inferunt, nec in aliis Appellationū judiciis, cauſas criminales, earumque Appellationes recipi poſſe.

At neganda eſt conſequentia; alioquin enim, & hoc ſequeretur, quod, cum cauſæ matrimoniales ad Cameram devolvi nequeant, nec etiam in aliis judiciis inferioribus maximè Appellationū, recipi debeant; *quod abſurdum.* Deinde reſpondendum, in dicto Deputationis Receſſu hoc tantum præcipi, ut inferiora judicia quoad ejus fieri poteſt, juxta ſtylum & conſuetudinem Cameræ ordinentur, &, quo ad proceſſum, Camerali judicio conformia reddantur. Adhæc, non omnia, quæ ſunt de proceſſu Cameræ, ad inferiorum judicum tribunalia ſtatim porrigi, iisq; adaptari poſſunt, cum multa ſingularia in ſupremo iſto judicio obſerventur, quæ in inferioribus curiis non obtinent, nec etiam obtinere poſſunt, è quorum numero etiam eſt receptus Cameræ ſtylus, De non admittenda, appella-

pellatione in cauſis criminalibus; cum enim jus illud, De non appellando in cauſis criminalibus, valde ſit durum & rigidum, ac propter certas, ſpecialeſq; cauſas, maximè propter diuturnitatem litium, in Camera ita ſit receptū, & lege Imperii confirmatur; utiq; interpretatione temperandum potius, & coangustandum, quam amplianđum erit, *c. quia de reg. iur. in 6.* pro ut & ipſi Camerales, juris illius duritie & inhumanitate attentâ, ante Receſſum Auguſtanum, Appellationes in cauſis criminalibus admiſerunt.

Ad *ſextam* dubitandi rationem facilis eſt reſponſio, præterquam enim quod ſtatuta (cujuſmodi etiam ſunt jura Saxonica) extra territorium ſtatuentium ſe non extendant, *arg. l. ult ff. de iuriſdict. omn. iudic.* & per ea, quæ tradit Geil. *obſervat. practicar. lib. 1 c. 36. per totum, & lib. 2. obſerv. 124. n. 4 cum ſeqq.* Mynſinger. *4. obſerv. 82. & 5. obſ. 19.* Appellationes in cauſis criminalibus, de jure Saxonico non prohiberi, contra Autores ſupra allegatos, tenet ac tradit, Moller. *4 ſemeſtr. 33.* reſpondens ad textum *articuli 12. lib. 2* Landrechts/quod nominatim, & in ſpecie, loquatur de eo, qui inflagranti crimine deprehenſus & in judicium protractus, factum negare, etſi velit, non poteſt; qui caſus cum ſic ſpecialis, extra terminos de quibus loquitur extendi, & pro jure regulari, haberi nequit, *per vulgat.*

Non major eſt difficultas, circa ſeptimam dubitandi rationem. In loco, in quo caſus noſter contigit, inauditū eſſe aſſerebatur, ut in criminibus judicii publici appelletur, nec poſſe dari exemplum, ubi tale quod tentatum, vel Appellatio recepta fuerit. Ideoq; cum per deſuetudinē etiam jura civilia tolli & abrogari queant, Autore Juliano, in *l. 32 ff. de legib.* appellationi deferendum non eſſe, inferebatur. *At* reſpondendum non propterea legem ſtatim pro abrogata haberi, quod in uſum non venerit, nec in facti contingentia aliquando, ut Interpretes loquuntur, practicata fuerit, ſed neceſſe eſt, ut contra legē latam, per actus contrarios, actum ſit, monente Geilio *obſervation. practicar. lib. 2. cap. 60. n 4.* ubi, lex nova, inquit, nunquam tollitur per non uſum, ſed per uſum contrarium novæ legi, proinde ſi caſus novæ legis non evenerit, ex diuturnitate temporis,

etiam longiſſimi, nulla inducitur novæ legis mutatio allegās Alex. *conſ.132.n.4.lib.1.* Felin. *in c.1.n.10.ext.de treug.& pace.* Unde, quod Julian *in l.32.ff.de ll.* air, leges non ſolum ſuffragio legislatoris, ſed etiam tacito cōſenſu, *per deſuetudinem*, abrogari, cum temperamēto accipi debebit, nec ita exaudiri, quaſi ſcil. ſi lex non ſit in uſu, nec caſus cōtigerit, in quo uſurpata & practicata fuerit, pro abrogata cenſeri debeat, ſed per *deſuetudinē*, quam Julian. nominat, intelligi debebit cōſuetudo, qua cōtrarium jus ſit uſurpatum, vetus deſuetū. interprete Donel. *lib.1.comm.c.10.circ.med.* ubi, ad tollendā legē veterem, *inquit*, non ſufficit eā non uti, niſi etiam contrario facto populus declaret, eam ſibi improbari; vetus lex non tollitur ſine ſcripto, niſi conſuetudine, nempe contraria lege, ſola a. deſuetudo, *i.e.* quod lege non utaris, nec quicqaam amplius contrà facias, non eſt cōſuetudo, cum conſuetudo ſit uſus; ideoque hoc dicit Julian. adeo conſuetudinem pro lege ſervari, ut etiam leges, nēpe ſcriptæ, contraria conſuetudine abrogentur, Quam interpretationem repetit *c.12.§.fi.lib.1.* Verba *per deſuetudinē*, inquit, ſic accipe, non ſi populus tātum uſus non ſit (neque n. quicquam abrogandi vim habet, niſi lex, nec quicquam lex in in his, quæ ſine ſcripto valent, niſi conſuetudo *d.l.de quib.de ll.§ ſine ſcripto. Inſt. de cur. nat. gent. & civ.*) Sed contrariam conſuetudinē, quæ, alio jure utendo, & prioris deſuetudinem habuerit, & ſimul animum, legem priorem deſueſcere volentis, indicarit: *ita Don.d.loc.*

Deniq;, quod attinet ultimam dubitandi rationē, quâ dicebatur, quod ſententia à qua, in caſu propoſito, appellabatur, non definitiva, ſed interlocutoria appellari non poſſit; *Reſpondendū* primo, Regulam, quæ habet, At interlocutoria ſententia appellari non poſſe, limitari ac diſtingui, ſi nimirum interlocutoria, à qua appellatur, vim habeat definitivæ, ſi ſubſit gravamen, quod in appellatione à ſentētia definitiva reparari poſtea non poſſit, vel ſi contineat damnum irreparabile, tex. in ordin. Cameræ Imper *par.2 tit.28.§.ult.* Denaiſ. *in compend. juris Camer. lit. A. tit: Appell. à ſentent. interlocut. n.1.* Gail. *1. obſer. 132.n.2 & 4.* Exemple in foro quotidie occurrunt; quib. adde exemplum, quod habetur apud Johann. Meichſner. *deciſ. Camer. lib.1. deciſ.*

14.in

14.*in prin. Voti Referentis*. Evidens ejus rei exemplum eſt, ſi Judex per ſententiam alicui torturam decernat, cujuſmodi ſententia, cũ contineat damnum irreparabile, membrorum nimirum diſtortionem, & læſionem tum corporis tum animi, ab ea, utcunque ſit interlocutoriè, licitè appellari poterit, tex. *in l 2. ff. de appell recipien.* ubi Scævolæ, ante ſententiam, inquit, appellari poteſt, ſi quæſtionem, in civili negotio, habendam Judex interlocutus ſit, vel in criminali, ſi contra leges hoc faciat, Bart. *add. l. 2. n 14.* Bal. *in l. 2. C. de epiſc audient.* Maran *in ſpecul. §. & quandoq; appellatur, n. 318.* Gomez *lib. 3. reſolut. c. 13. nu. 22.* Guid. Pap *in deciſion. tit. de appellat. ab interloc q. 75. n. 2.* Brun. *in tr. de indit. ad torturam. q. 5. par 2. n. 14* Hipp. de Marſ. *in pract crim. §. nunc videndum, n 2* Zanger. *de qq. & tort. c. 4. n. 3* Farin *in prax. crim lib. 1. qu. 38.* Weſenb *in paratit. Digeſt de appellat. recipiendis, n 8.*

Imò, de Jure Canonico, à quolibet gravamine appellari poſſe, vulgo recepta eſt ſententia, & conſtitutum habemus, *in c. 1. c. 3. de appell. in ſext. c. appellantis, de appellat. lib. 2. clementinarum, tit.* 12.

Jam verò, ſententiam, cauſæ præſentis, quod attinet, continebat illa damnum irreparabile, habebatq; vim definitivæ. Etſi enim probatio tantum nonnullorum Articulorum Defenſionalium, accuſato fuerit injuncta, quia tamen defenſionis vis, non in iis tantũ, quarum probatio injuncta fuit, articulis, continebatur, ſed & in aliis à judice præteritis, utique non leve ſubfuit gravamen, appellationis remedio emendandum; deinde, ſi in probatione articulorum, quorum probatio injungebatur, forte defeciſſet accuſatus, pro ut facile fieri potuiſſet, Torturæ repetitio jamdum deliberata, & ad cõſilium ſapientum, eventualiter decreta fuit; Quod ſi nunc ad torturam retractus, priorem commiſſi homicidii repetiiſſet, & in ea perſeveraſſet, (pro ut ſæpe, torti in ſe mentiri, moriq;, malũt, quam tormenta, maximè repetita adeoque intolerabiliora priorib. ſuſtinere) Definitiva ultimi ſupplicii, jam ante concepta, & propter Revocationem accuſati ſuſpenſa, ſine dubio ſubſecuta, & Reus ad Rotam condemnatus fuiſſet; cum tamen de delicto nondum conſtiterit, pro ut ante omnia, & prius, quàm, vel ad torturam, vel ad ultimum ſuppli-

cium, deveniatur, conſtare debet, per ea, quæ latè diximus ſuperius, Ratione decidendi tertia.

Atque ita conſtat, Appellationem in caſu propoſito rectè interpoſitam fuiſſe, & à judice ad ad quem recipi oportuiſſe.

DECISIO VIGESIMASCUNDA.

De exceptione Non numeratæ pecuniæ. Quandiu competat? An poſt biennium etiam opponi poſſit, ſi Debitor onus probandi in ſe recipere ſi' ig. numerationem factam non eſſe docere velit? & Anne creditori juramentum à debitore deferri queat?

SI quis caviſſet ſe acceppiſſe, quod non accepit, ex cautione ſua conventus, exceptione Non numeratæ pecuniæ defenditur, ut docet Imperator Juſtin *in §. 2. Inſtitut. de exceptionibus.* cui concordat *l. 3. C. de non nume. pecun. l 2 § 3. verſ proinde ff. de dol. mal. & met exccept.* Quamdiu exceptio illa competat, noviſſimè conſtituit Juſtinianus *in l. 14. Cod. de non numerat. pecun* ubi Non numeratæ pecuniæ exceptionem, intra biennnium, poſt emiſſam cautionem, non verè ultrà competere ſancit, cui concord. *§. plane ſi quis, Inſtit. de liter. oblig.*

Cæterum, An indiſtinctè, Non numeratæ pecuniæ exceptio poſt lapſum biennii ceſſet, An verò poſt biennium etiam opponi poſſit, ſi Reus onus probandi in ſe reccipere velit, controvertunt Interpretes; Et habuimus in facti contingentia: Condictione certi ex mutuo adverſus debitorem à creditore inſtitutâ, excepit Debitor, pecuniam, quam ſe accepiſſe chirographo caverit, ſibi Numeratam non eſſe. Actor replicando, poſt biennium, exceptionem nõ numeratæ pecuniæ, opponi non poſſe, aſſerebat. Reus contra duplicãdo, hactenus id verum eſſe contendebat, ſi creditori numerationis factæ probatio injungi velit, aliud verò obtinere ſi creditor probandi onere exoneretur, idq; debitori imponatur. Inſuper petens, quia teſtes, quibus probare potuiſſet, Numerationem ſubſecutam non fuiſſe, peſte ſint extincti, ad juramẽtum non factæ ſolutionis ſe admitti, aut certè adverſario ſuo illud deferri, ut juret is, pecuniæ numerationem verè ſubſecutam fuiſſe. Quæſitum quid juris?

Poſt

Poſt biennium etiam, exceptioni Non numeratæ pecuniæ locum eſſe, ſi modo Reus onus probandi in ſe recipere paratus ſit, communiter volunt Interpretes, prout illam communem dicunt, & ſequuntur Gomez *lib 3 reſolut c 6* Laur. Kirchov. *commun opin. centu. 6. concluſ. 16.* Moz. *de contract. lib. tit. de mutuo n 9* Jaſon *ad l. 38. n. 6. de jurejur.* & alii plures ab illis allegati. Contrà verò, poſt biennii lapſum, indiſtinctè, Non numeratæ pecuniæ exceptione, ceſſare, utcunque debitor onus probandi in ſe ſuſcipere velit, docent Felin. & Imol. *in c. 14. extr. de fid. inſtrum.* Fab. *ad tit. Inſt. de liter oblig* Duenn. *de regul jur. reg 261* Duar. *ad tit. C. de non numer. pecun. c. 4.* Donell. *lib. 14. commen. c. 38.* Zang. *in tract. de except c 12 n 24* And. Fach *lib. 2. controverſ. jur. c. 81.* ubi plures opinionis illius Autores refert. Et hæc ſententia nobis etiam in puncto juris verior videbatur.

Cum enim certi ſit juris, Non numeratæ pecuniæ exceptionem quieſcere, ſi intra biennium querela, de non numerata pecunia non fuerit propoſita *l. 9. l. 10. l. 14. Cod. de non numerat. pecun. §. fin. inſtitut. de literar. obligat.* Et verò ejus exceptio, niſi conventus probationis onus ſubire velit, dubia & controverſa exiſtat, nec ſpeciali aliquo juris textu probetur, utique admittenda non erit, ſed regulæ & juri certo ſtandum.

Probatur *deinde*, per ea quæ habentur in principio & fine, tituli Inſtitutionum de literarum, obligationib. ubi Juſtinian. non numeratæ pecuniæ exceptiònem, ultra biennii metas, extendi poſſe negat; extenderetur verò, ſi Rei conventi probatio poſt tempus illud admitteretur.

Tertio, pro eadem ſententia textus eſt in *l 8. Cod. de non numerat. pecun.* ubi ſi debitor, intra conſtitutum tempus, conqueſtus non ſit, hæres ejus ad ſolutionem *omnimodo* compelli dicitur, quod utique minus rectè diceretur, ſi quo caſu, poſt lapſum temporis conſtituti, debitor hæresve ejus à ſolutionis neceſſitate ſe eximere poſſit.

Quarto, ad idem comprobandum facit *l. 10. Cod. eod.* ubi Imperatores Diocletian. & Maximian. differentiam inter ſolutionis

& non

& Non numeratæ pecuniæ, exceptionem, ratione præſcriptionis, oſtenſuri, ſolutionis exceptionem perpetuo opponi poſſe, at, Nō numeratæ pecuniæ exceptionem longè citius evaneſcere, reſcribunt; quod a. evaneſcit, amplius non eſt; nec, *quod notandum,* de querela, ſed de exceptione, Non numeratæ pecuniæ loquuntur, quod argumento eſt, non numeratæ pecuniæ querelam poſt lapſum temporis conſtituti, nequidem in modum exceptionis, cujus probatio ad excipientem pertineat, proponi poſſe.

Quinto idem probatur per *l.14 cod.* ubi Juſtin. in prin querelam Non numeratæ pecuniæ, poſt lapſum biennii, nullo modo introduci poſſe air, introduceretur a. ſi debitoris probatio admitteretur. Et hanc eſſe Juſtin. mentem, patet *ex §.2 ejuſdem legis*, ubi, ſi creditor intra triginta dies ipſi præſtitutos, de non accepta pecunia cōqueſtus non ſit, non licet ei poſtea pecuniam ſibi numeratam non eſſe dicere, nec exceptionē Non numeratæ pecuniæ opponere. Idem etiam patet, ex *§.3. ejuſdem legis* ubi poſt tempus, Non numeratæ pecuniæ exceptioni præfinitum, creditori à debitore, jusjurandnm deferri poſſe negatur, quo ipſo ſatis ſignificatur, debitorem poſt lapſum tēporis conſtituti, non eſſe audiendum, utcunque ſe ad probationem offerat, quippe cum juramenti delatio probationis ſit ſpecies, pro utillationem hjuſmodi *ex d §.3.* deducit Don *lib.14 comment.c.38 §.5.circ.fin.* Hæc ſunt, quæ pro confirmatione noſtræ ſententiæ, adduci poſſunt fundamenta, ex teſtibus juris petita.

Conanrur quidem, qui commūnem ſequūtur, reſpondere, quod quando in adductis legib. dicitur, exceptionem Non numeratæ pecuniæ, elapſo biennio expirare, id eo ſenſu, & ad eum effectum dicatur, ne per modū querelæ opponatur, & probatione numerationis oneretur Actor, at dicunt quidem, ſed nihil unde id colligi poſſit afferunt. Affert & alia, pro confirmatione noſtræ ſententiæ, arg. Don. *d.c.38. §.2.3.& 4.* & ita comparata, ut facile ab adverſa parte elidi poſſint; Nec n. ut Don. putat, tum demū literarum obligatio naſcitur, quando biennium eſt elapſum, ſed ſtatim, poſteaquam inſtrumentū confectum & creditori traditum eſt, obligatio nata, & cōtractus per

fectus

fectus, cenſetur, ne tēpus ſit modus introducendę & cōſtituendę obligationis contra *l. ſi obligationum, de V. O.* non obſtāte, quod Juſtin. *in §. hoc n. Inſt. de liter. obl.* conſtitutū eſſe ait, ut dū quæri, h. e. excipi, de nō numerata pecunia nō pōt ſcriptura ſua obligetur ſcribens, cū ad effectū obligationis ibi reſpiciatur, & eo reſpectu id dicatur: Deinde, non illa ſolum eſt obligatio, cui nulla objici pōt exceptio, ſed & cui poteſt, ut inter alios juris text. ſatis apparet *ex prin. §. 1. 2. 3. 4. & 5. Inſt. de except.* Quare ſuperioribus contenti, videamus potius, quidnam pro communi afferatur, & quo modo, rationibus in contrarium moventibus, occurri queat. Adferunt *primo* regulam, quod quę temporalia ſunt ad agendum, perpetua ſint ad excipiendū, traditam à gl. *in l. ſi pactum. C. de except.* & fundatam *in l. 1. l. 5. §. fin ff. de dol. mal. & met. except.* indeq; inferunt, quod, etſi exceptio Nō numeratæ pecuniæ per modum agendi, dum probandi onus Actori injūgitur, ſit temporalis, perpetua tamen eſſe debeat, quo ad modū nudè excipiendi, ita ut debitor exceptionis ſuæ intentionem probet, id quod except onū proprium eſt. At ſciendum regulam objectā, ſub conditione, Niſi qui caſus in ſpecie exceptus reperiatur, vel talis ſit exceptio, quę etiā per modum actionis proponi poſſit, veram eſſe, arg *l. 5. de dol mal. & met. excep.* Jam verò, caſum de quo agimus exceptū eſſe, ex textib. pro ſtabilienda noſtra ſententia, adductis abundè conſtat; Eſtq; præſens noſtra, Non numeratæ pecuniæ, exceptio ita comparata, ut jus ejus agendo quoq; proponi poſſit, quippe cum debitori liceat cautionem ſuam ſtatim condicere, & de non numerata ſibi qecunia conqueri *l. 7. l. 9. l. 14. C. de non num. pecu.* quod, cum in allis exceptionib. ſecus ſe habeat, nō mirum, exceptionem Non numeratæ pecuniæ ab illis hac in parte diſcrepare, nec idem de ea, quod de cæteris prædicari. Argumentatur *deinde* ab Æquitate, quæ pro cōmuni contra noſtram ſententiam militare videtur; quid n. æquius eſt, quā ut audiatur debitor probare volens pecuniā ſibi numeratā non eſſe, & quid iniquus quàm, non attentâ debitoris querimoniâ, ipſum ad ſolutionē condemnari? eſſet id injuſta peteri patrocinari, juſtè vero

cantem repellere, contrà præcipitur *in l 6. in princ de offic. præſid.* Cæterum, ab eadem æquitate, qui noſtram ſequuntur ſententiam, argumentantur; cum n. contra debitorem propria ejus confeſſio, literis teſtata, & ſilentiũ totius biennii militet, nihil ſanè iniq; petit creditor dum pecuniam ſibi ſolvi contendit. Ponamus, utriuſq; intentionem, tum creditoris tum debitoris, juſtã eſſe, quippe cum pecunia æquè non numerata, ac numerata, eſſe poſſit; an non verò, in dubio hoc, æquius eſt credi Actori, confeſſionem Adverſarii, ſilentio biennali confirmatum, pro ſi habenti, quã Reo contra propriam confeſſionem venienti, poſſet malitioſè ac fruſtrandi tantum cauſa, numerationem negare, ne executoriales contra ſe decernantur, & ut communis debitorum mos eſt, poſſet ſubornare teſtes, aut aliàs fingere probationes, quib. ſe à ſolutionis neceſſitate eximeret, maximè verò creditore mortuo, vel mortuis teſtibus, qui numerationi interfuerunt, adde quod Reipubl interſit, ne lites ſint immortales, ſed certo tempore finiantur *l. 1. de uſucapion.* ac cum in cæteris Actionum præſcriptionib. finitâ præſcriptione, non audiatur is, contra quem præſcriptum fuit, utrũque durum hoc videatur, quid mirum ſi nec debitor, biennali p̃ſcriptione finitâ, ad ulteriorẽ contradictionem admittatur; cogitet ſecũ, ſi ꝙ damnũ ſentiat, propria culpâ ſe ſentire, ſibique id imputet, cũ ſatis habueverit tẽporis, intra ꝙ cautionẽ, ſuam condicere, & jus ſuum præſervare potuiſſet, quod, cum non fecerit, de ſe queri debet, nõ de juris duritie, aut adverſarii injuſtitia. *Tertiò* olim quoq;, inquiunt, poſt quinquenniũ, non numeratæ pecuniæ exceptionẽ opponere licuit, ſed ita, ut reus excipiens probet pecuniã ſibi numeratam non eſſe; quod cum mutatũ nõ ſit, ſed quinquennium tantũ, ad biennium, reductum, jus vetus ſalvum maneat neceſſe eſt, & novæ cõſtitutio, quæ eſt de biennio, relata *in l. 14. C. de non num. pecu.* ſecundum priorẽ, quæ eſt de quinquennio, exaudienda & exinde explicanda venit, arg. *l. 25 de ll.* At ſubſumunt, tanquam probatum, quod omni probatione deſtituitur; Nec n. cõceditur, poſt quinquenniũ, olim debitoris exceptionem admiſſam fuiſſe, ſi probandi onus in ſe recepiſſet; Adduci quidem eam in rem à nonnullis ſolet, *lex 8. C. de non num. pec,* ſed fruſtra, cum nihil, quod ad

Digitized by Google

id comprobandum faciat,ibidem habeatur,&quod exceptio ibi dicitur perpetua,eo caſu dicatur,ſi creditor conqueſtus ſit,intra quinquennium , pecuniam ſibi numeratam non eſſe, imo lex iſta cõem potius impugnat, pro ut illam etiam contra cõmunem ſupra induximus.Minus facit *l.3 & l.10.eo.*ut legẽti,vel primo intuitu cõſtabit.

Quartum, quod pro cõmuni opinione adduci ſolet,argumentũ, ab Affini,præſentis noſtræ exceptionis,remedio deſumitur. Affine, nõ numeratæ pecuniæ,exceptionis,remediũ eſt doli mali exceptio, pro ut apertè conſtitutũ videmus *in l 3.C.de non num.pec.* nec n. dolo carere põt,qui petit tanquam numeratũ, quod numeratum non eſt *l.2.§.3 & ſ.de dot.mal.& met.excep.*ut ita, non numeratæ pecuniæ exceptio,in effectu nihil ſit aliud,q̃ doli mali in factũ tẽperata exceptio Jã verò,doli mali exceptio,perpetua eſt,nec biennio finitur, quẽadmodum actio de dolo finiri ſolet,ut conſtat *ex l.5.§.fin. de doli mali & met.excep.l 6.C.de excep.* quare dicendum videndum videtur, ſuperiorem etiam,non numeratæ pecuniæ exceptionem,perpetuam eſſe, nec biennio finiri,ſi modo debitor probandi onus in ſe recipere velit. At vero,nec doli mali exceptionẽ,poſt biennium,debitori competere poſſe,evincunt rationes,pro opinionis noſtræ aſſertione, ſuperius allatæ; quomodo n. aliàs dici poſſet,non numeratæ pecuniæ exceptionẽ ultra bieunii metas extendi nõ poſſe? Debitorẽ ad ſolutionem omnimodo compellendũ eſſe,ſi intra conſtitutum tempus conqueſtus non ſit?nec licere poſt bienni lapſum , ullo modo querelã non numeratæ pecuniæ introducere? vel dicere,pecuniæ numerationem ſubſecutã non eſſe?pro ut dicitur,*in ſi.tit. Inſt.de liter.oblig. l.8.& 10.& l.14.C de non numer pecun.*ſi,poſt biennium,doli mali exceptio locum haberet. Etſi igitur concedatur (pro ut omnino concedendum eſt,ob text.*l.3.C.de non nume.pecu.*)doli mali exceptionem, cum exceptione nõ numeratæ pecuniæ concurrere, inde tamen nõ ſequetur,poſt biennium, de non numerata pecunia conqueri licere cum aliàs per obliquum debitor obtineret,id ꝙ directò ipſi denegatum fuit,contra *c.cum quid 84.de R.I.in 6.* Nec obſtat,quod ex *l.5.§ fi. de dol.mal.met.excep.* adductum fuit,exceptionem doli perpetuã eſſe;

nec biennio finiri, primo ſiquidem eſt hic Reſponſum Ulp. *in l 30 §. pen. de pecul.* ubi Ulp. in dolo, inquit, objiciẽdo, temporis ratio habetur; fortaſſis n. poſt tempus de dolo actionis (quod eſt biennii juxt. *l. 8. C. de dol. mal.*) non patietur, dolũ malum objici, prætor, quoniã nec dolo actio, poſt ſtatutũ tempus datur. Unde, quod, in objecta *l. 5. §. fi. de dol. mal. & met. except.* aſſeritur, exceptionem doli, perpetuam eſſe, cautione indigere, & ita exaudiendum eſſe putamus, ut excipiantur ejuſmodi exceptionis doli ſpecies, quæ per modum Actionis proponi poſſunt, quo modo cum proponi queat, Doli exceptio, quæ competit debitori, qui cavit, ſe accepiſſe, quod nõ accepit, contra creditorem indebita petentem, ſequetur, quod doli hujuſmodi allegatio poſt biennium, nullum habeat locum, per tex. *in d. l. 30. § fin. de pecul.* licet aliæ exceptiones doli, in factum temperatæ, ſint perpetuæ, jux. objectam *l. 5. de dol. mal. & met. excep.* Deinde, cum doli mali exceptio, quæ cum exceptione Non numeratæ pecuniæ concurrit, nõ ſit principalis quædam exceptio, ſed miniſtra & acceſſoria ex intermiſſa pecuniæ numeratione, ortum habens, utique conditionem & qualitatem exceptionis principalis, propter quam cõpetit, illam ſequi neceſſe eſt, ideoque, cum principalis exceptio, cui ea inſervit, videlic. Non numeratæ pecuniæ exceptio, ſit temporalis, doli quoque exceptionem temporalem eſſe oportet, *arg. l. 178. de R I.* Nec n. præſens noſtra doli mali exceptio, quã creditori nõ numerata repetenti opponere licet, in effectu aliud eſſe cenſetur, quàm Non numeratæ pecuniæ exceptio, quæ cũ, poſt biennium, opponi non poſſit, utiq; nec doli mali exceptio, quippe ad eundẽ finem & ſcopum reſpiciẽs, poſt illius temporis lapſum opponi poterit, nec enim, cum quid una via prohibetur alicui, alia ad id admitti debebit, per regulam traditam *in c. cum quid, de reg. jur. in 6.*

Quintò, pro communi opinione adferunt *l. 30. de reb. credit.* ubi Paulus, qui pecuniam, inquit, crediturus acceptiurus, creditori futuro ſpopondit, in poteſtate habet, ne, accipiendo, ſe ei obliget: *At* quomodo pro cõmuni opinione, lex illa induci poſſit, non video, quippe cum hoc tantum, ibidem dicatur, quod qui mutuam ab aliquo pecuniam

cuniam

cuniam petiit, non ſit obligatus, ut quam petiit invitus accipiat, ſed poſſit non accipere, atque ita à futura obligatione ſe eximere, pro ut reſpondet, & exempli appoſitione, declarat idem Paul. *in leg pen quæ res pig. dari poſſ.* Niſi fortè quis ita inducere velit, quaſi, cum debitor ab initio obligatus non ſit, eo quod pecuniam nõ accepit, nec temporis tractu etiam obligari poſſit, ideoque ſemper ipſi, non numeratæ pecuniæ, exceptio, concedi debeat, cum tempus non ſit modus conſtituendæ obligationis *l.44. de obl & action.* At, nec illa inductio, quicquam pro communi opinione confert; quod n. debitor, in caſu propoſito, obligatur, id non fit intuitu acceptæ, pecuniæ, eo. n. reſpectu ipſum obligatum non eſſe palàm eſt, nec etiam ob lapſum temporis, quippe cum tempus non ſit modus introducendæ obligationis, ſed fit, vi & vigore cautionis emiſſæ, ob quam ab initio ſtatim dati chirographi obligatur, nec poſt biennium demum obligari incipit, licet exceptio nõ numeratæ pecuniæ, quam ante biennium opponere licuit, poſt biennium ceſſet, ſicque cum effectu obligari incipiat is qui cautionem emiſit.

Sexto à condictione chirographi, Debitoribus competente, argumentantur; Qui cavit, ſe accepiſſe quod non accepit, condictionis remedio cautionem ſuam repetere poteſt, per text. *in l.7. C. de non nu. pec.* At condictio, pro ut omnis alia in perſonam actio, perpetua eſt, ad triginta uſque annos competens, *l ſicut 3 C. de præſcr. 30. vel 40. an. n. l.2. in priu. C. de conſtit. pecun.* quod ſi ita eſt, ſi, poſt biennium etiã, cautionem ſuam debitori condicere licet, multo magis, nõ numeratæ pecuniæ exceptionem opponere licebit, *arg. l.156. §.1. de reg. jur.* At, nec condictionem, poſt biennium, debitori competere poſſe, iiſdem rationib. quibus. nec doli mali exceptionem poſt biennium competere poſſe, evicimus, quomodo n. aliàs dici poſſet, non numeratæ pecuniæ exceptionem, ultra biennii metas extendi nõ poſſ. debitorem ad ſolutionem omnimodo compellendum eſſe, ſi intra conſtitutum tempus conqueſtus non ſit, Nec licere, poſt biennii lapſum, ullo modo querelam, non numeratæ pecuniæ, introducere, vel dicere, pecuniam ſibi numeratam non eſſe (pro ut dicitur *in fin.*

Digitized by Google

titul. inſtitution. de literar. obligationib. l. 8. l. 10. l. 14. Cod. de non numerat. pecu.) ſi poſt biennium debitori condictionem inſtituere, & cautionem ſuam, tanquam quæ ſit ſine cauſa apud creditorem, repetere liceret; per obliquum, hoc modo deveniretur, eò quò recta pervenire non permittitur, contra tritam juris regulam, relatam *in cap. cum quid de reg. jur. in 6.* Etſi verò actiones perſonales cuiuſmodi etiã eſt chirographi condictio, perpetuo competant, juxta regulam traditam *in l. 3. Cod. de præſcript. trigint. vel quadragint. ann. l. 2. in princip. Cod. de conſtit pec.* id tamen univerſaliter verum non eſſe, ſed multos, quibus regula illa fallat, caſus exiſtere, docemur *ex princip. tituli inſtitut. de perpet. & temporalib. actionib. & l. 35. de verb. obligat.* quibus, ut chirographi condictionem annumeremus, argumento eſt, *l. 14. Cod. de non numerat. pec.* Non obſtat, quod in allegata *l. 7. Cod. de non numerat. pec.* indefinitè & ſine determinatione temporis, debitori, condictio chirographi conceditur; inde enim minus rectè inferri, quod perpetuò, ad triginta uſq; annos, debitor condictionem habeat, argumento eſt, quod eodem in loco, eadem, orationis figura, & ſine ulla temporis adjectione, debitori non numeratæ pecuniæ exceptio conceditur, quam tamen ultra quinquennium non competiiſſe omnes concedunt. Nec alicuius eſt importantiæ, quod in *l. 44. de oblig & action.* tempus tollendarum obligationum modus eſſe negatur, quaſi ſcil. cum condictio ſemel competere cœperit, quinquennii vel biennii lapſu illa finiri non poſſit, ſed ſemper durare debeat; quod enim in *d. l. de oblig. & actionib.* aſſeritur, tempus tollendæ obligationis modum nõ eſſe; ad obligationes conventione contrahentium conſtitutas, pertinet, ad actiones verò, quibus lege ipſa certũ tempus præfinitũ fuit, minime porrigi poſſe, argumento eſt titulus Inſtitutionũ, de perpet. & temporalib. actionib, & rectè docuit, Donell. *lib. 14. cõmentar. c. 38. §. pen.* cui & illud addendũ, quod etſi obligationes conventione contrahentium, ad certum diem initæ, lapſu diei nõ finiantur, ſed poſt tempus etiam, id quod promiſſum eſt, rectè peti poſſit, pacti tamen conventi, vel doli mali exceptione, actor ſummoveri poſſit, ut patet ex *d. l. 44. de obligat. & action.* & apertè monet Imper. *in §. at ſi, Inſt. de verb oblig.* *Septi-*

Septimum & ultimum, quod pro communi opinione adduci ſolet, argumentum, ſumitur ex *l. aſſeveratio 10. C. de non numer pecu.* ubi, cum eam ob cauſam, non annumeratæ pecuniæ exceptio, perpetua eſſe negetur, quia in creditorem probandi neceſſitatem transferat, & verò ratio illa, in caſu propoſito, quo debitor ad negativæ probationem ſeſe offert, ceſſet, ipſum etiam jus ceſſare videtur. *At* minus rectè pro communi opinione hoc modo inferri, cuique patet, & dilucidè demonſtrat Donell, *dict. cap. 38. §. fin.* ad quem brevitatis ſtudio remittemus.

Atque ita evicimus, Non numeratæ pecuniæ exceptionem, poſt biennii lapſum, ceſſare, utcunque debitor onus probandi in ſe recipere velit.

Cæterum, ex æquitate juris Canonici, etiam poſt biennium elapſum, Non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi poſſe, tenent Canoniſtæ, Felyn. *in cap. ſi cautio num. 61. de fid. inſtrum.* Immol. *in c. fin. ext. de ſolutionib.* Dyn. *in c. locupletari. de regul jur. in 6.* & alii communiter; tum, quod nemo locupletari debeat, cum aliena jactura, *d. c. locupletari*, tum quod nulla præſcriptio currat, cum mala fide, *c. ultim de præſcriptionib.* à qua abeſſe non poſſit creditor, qui pecuniam promiſſam non numeravit, tum denique, quos lapſus biennii inducat tantùm juris præſumptionem, quæ admittat contrariam probationem, Menoch. *de præſumpt. libr. 1. quæſt. 31. n. 2. & q. 60. nu. 2.* Gabr. commun. opin. *libr. 1. titul. de præſumptionib. concluſ. 1. num. 62.* Geil. *2. obſ. 71 num. 12.* Idem *2. obſervat. 128. num. 17.* Mynſing. *1. obſerv. 93. in princ.*

At verò, nec de jure Canonico, aliud obtinere, rectè ſcripſerunt, Specul. *tit. de reſtitut. in integr. §. 1. n. 35.* Archidiac. *in c. ſi quis Epiſcoporum, cauſ. 3. q. 6.* Bald. *ad l. cum quis, num. 22. C. de jur. & fact. ign.* Jaſo. *ibid. numer 28.* Petr. Duennas *regul. 261. num. 12.* Hpppol. Riminald. *conſil. 272. numer. 20 libr. 3.* quos refert, & ſequitur, And. Fachin. *lib. 2. controverſ jur cap 82.* cum nullus dari poſſit textus, quo de jure Canonico aliud conſtitutum inveniatur.

Adhæc

Adhæc; iidem illi Autores, qui contrariam ſequuntur ſententiam, eamque uſu receptam ſentiunt, non quaſvis promiſcuè probationes, admittunt, ſed legitimas, h. e. idoneis teſtibus munitas, & documentis indubitatis inſtructas, Gomez *lib. 2. reſolution. cap. 6. n.* [illegible]. quales cum in caſu propoſito debitor habeat nullus, utique, [illegible] eorum, qui contrariam tenent opinionem, calculo, contra ipſum reſponderi debebit.

Unde quod ad juramenti præſtationem ipſe offert debitor in eo, planè non eſt audiendus, cum nihil omninò probavit, quod juramento ſuppleri poſſit vel debeat; ut taceam ſuſpectum cenſeri eum, qui ad juramentum ultrò ſe offert, per *vulgat.* Æquè nec creditori juramentum deferri potuit. Etſi enim, deficiente probatione, juramentum adverſario deferre liceat, iſque cui defertur, aut jurare, aut delatum juramentum deferenti referre teneatur, *l. 34. §. ait Prætor. cum ſeq. l. 38. de jureiur. l. 9. Cod. eod.* idque etiam, in præſenti non numeratæ pecuniæ exceptione, obtineat, per text. *in Novell. 136. c. 6.* ubi creditori ejuſque hæredibus juramentum deferri poſſe dicitur; attamen, in terminis caſus propoſiti ſecus obtinet; ſiquidem, poſt lapſum triennii, delationem juramenti locum non habere, apertè conſtitutum habemus, *in l. in contractibus. 14. §. 3. Cod. de non numerat. pecun.* & attingitur *dict. cap. 6. verſic. Nam ſi id. Novell. 136.* Dd. communiter in *d. l. 14. §. 3. Cod. de non numerat pecun.* Gomez. *dict. cap. 6.* Zanger. *in tractat. de Exceptionib. part. 3. cap. 12. num. 26.* ubi ait, meminiſſe ſe, aliquoties ita in Dicaſterio Jenenſi pronunciatum fuiſſe.

Atque ita conſtat, nec Civili, nec Canonico jure, poſt biennium, Non numeratæ pecuniæ exceptionem opponi poſſe, utcunque Debitor onus probandi in ſe recipere velit; multoq; minus Creditori In caſu propoſito juramentum deferri potuiſſe.

F I N I S.

Biblioteca Nazionale Napoli
592176

Digitized by Google